Nuova Collezione di Opere Giuridiche - N. 110.

IL CONCORDATO

NEL FALLIMENTO

E PRIMA DEL FALLIMENTO

TRATTATO TEORICO-PRATICO

DELL'AVVOCATO

ALFREDO ROCCO

Professore di Diritto commerciale nella Università di Urbino.

TORINO
FRATELLI BOCCA EDITORI

MILANO Corso Vittorio Em., 21. — ROMA Via del Corso, 216-217. — FIRENZE (F. Lumachi succ.).
Depositario per la Sicilia: Orazio Fiorenza - Palermo.

1902

IL CONCORDATO

NEL FALLIMENTO

E PRIMA DEL FALLIMENTO

IL CONCORDATO

NEL FALLIMENTO

E PRIMA DEL FALLIMENTO

TRATTATO TEORICO-PRATICO

DELL'AVVOCATO

ALFREDO ROCCO

Professore di Diritto commerciale nella Università di Urbino.

TORINO

FRATELLI BOCCA EDITORI

MILANO — Corso Vittorio Em., 21.
ROMA — Via del Corso, 216-217.
FIRENZE — (F. Lumachi succ.).

Depositario per la Sicilia: ORAZIO FIORENZA - PALERMO.

1902

PREFAZIONE

L'istituto del concordato è fra quelli, di cui più ardua è la sistemazione scientifica, e più difficile la pratica applicazione. Dal punto di vista teorico esso ci presenta l'anomalia di un contratto, al quale resta vincolato anche chi non vi ha assentito o vi ha dissentito: dal punto di vista pratico ci offre, accanto al beneficio di una soluzione più rapida, più semplice, meno costosa, del fallimento dichiarato o imminente, il pericolo di frodi da parte dei debitori di mala fede, e di soprusi da parte dei creditori disonesti o rapaci. Nella ricerca teorica fondamentale — quella dal cui risultato dipende la soluzione di tutte le più importanti controversie concernenti l'istituto — la ricerca cioè della natura giuridica del concordato, tutti i più ardui problemi del diritto materiale e formale s'incontrano e s'intrecciano; la natura del processo e della sentenza, il concetto del negozio giuridico e del contratto, l'indagine sulla funzione della legge nella costituzione delle obbligazioni, sono i dati di questo problema, così interessante per la pratica dell'istituto e così difficile per la sua sistemazione teorica.

Ma se la sistemazione scientifica del concordato è tra le più urgenti e difficili, altrettanto urgente, e, sembra,

altrettanto difficile, è una applicazione pratica di questo istituto, che lo mantenga strettamente nei limiti assegnatigli dai suoi scopi e dalla funzione sua. Purtroppo, l'esperienza quotidiana c'insegna che è appunto nel concordato e pel concordato che si consumano le frodi, per le quali il fallimento si converte non di rado in un irreparabile disastro pei creditori, e in un'eccellente speculazione pel debitore. Di questa esperienza dolorosa abbiamo avuto le prove nelle testimonianze di quanti uomini pratici di fallimenti ci fu dato interrogare, commercianti, giudici e curatori, nelle statistiche sconfortanti delle percentuali concordatarie, nei numerosi fascicoli giudiziari di fallimenti, da noi spogliati specialmente nella cancelleria del tribunale di Roma, e i cui atti rivelano, a chi sappia penetrare oltre la scorza uniforme dell'arido formulario forense, la facilità e la frequenza delle frodi.

Tra le difficoltà della teorica, e le deficienze della pratica, vi ha, ne siamo convinti, un nesso causale. L'analisi, non certo completa, fatta fin qui della più vera natura del concordato, l'assenza di concetti sicuri sui punti fondamentali della sua disciplina giuridica, hanno reso spesso incerta, qualche volta poco avveduta la giurisprudenza; la quale, priva della guida fidata della dottrina, ha corso rischio più volte di smarrire la via. Donde, nella pratica, malgrado ogni buon volere di giudici delegati e di curatori, è uscita fiacca e menomata la tutela giuridica che la legge organizza a favore del credito e della buona fede. Una prova eloquente di questa corrispondenza tra gli abusi della pratica e le manchevolezze della dottrina abbiamo potuto trovare nel modo assolutamente imperfetto e inadeguato col quale funziona, di solito, l'istituto della omologazione. Posti nel bivio, o di esercitare un controllo meramente formale, o di entrare nel campo sconfinato degli apprezzamenti

subiettivi, nell'assenza di concetti sicuri sulla natura e l'oggetto del giudizio di omologazione, i tribunali sogliono attenersi al primo, più prudente, e meno faticoso partito, e il controllo voluto dalla legge viene così, di regola, a ridursi ad una pura e semplice verificazione della esistenza apparente e formale delle maggioranze. Allo stesso modo, nella mancanza di concetti precisi sul fondamento giuridico della facoltà conceduta alla maggioranza di decidere sugli interessi comuni, con effetti obbligatorî per la minoranza, la pratica non ha compreso a sufficienza la necessità di un'azione vigile ed energica del giudice delegato nell'accertamento del passivo. L'istituto della verificazione dei crediti essendo la chiave di volta del delicato edificio del concordato, è nella verificazione appunto che si annidano le insidie dei crediti simulati e delle maggioranze fittizie.

Le esigenze scientifiche, adunque, anche nel nostro istituto, armonizzano, non contrastano, colle esigenze della pratica. Ed una trattazione, come la nostra, la quale vuol servire alla scienza e alla vita, non può fare a meno di questo coordinamento fecondo, che noi abbiamo pertanto tentato, con ogni sforzo, di attuare. Illuminata dalla osservazione paziente dei fatti, conscia dei bisogni della pratica, basata sopra una salda sistemazione dogmatica dell'istituto, la nostra trattazione può procedere spedita anche nei punti più ardui della dottrina e nelle questioni esegetiche più controverse e spinose.

Ma non è questo il solo coordinamento, che una trattazione scientifica del concordato richiede. In una materia, come il diritto commerciale, in un istituto, come il fallimento, dove la pigrizia degli interpreti ricorre così spesso al facile spediente di figure *sui generis*, di eccezioni al diritto comune, di istituti d'indole singolare od anomala, uno studio diligente e possibilmente completo dei concetti civi-

listici fondamentali, che si proponga di ricercare se, per caso, le pretese deviazioni e le asserite anomalie, non si risolvano, invece, in pure e semplici applicazioni dei principî del diritto civile, è doveroso ed urgente. Consci di questa esigenza scientifica, anche in una parte del diritto commerciale, dove meno e più raramente lo si è fatto finora, abbiamo tentato di attuare quel coordinamento scientifico tra il diritto civile e il commerciale, così pieno di utili risultati, e così giustamente desiderato da tutti, fautori e avversari della unità legislativa del diritto privato. Questo coordinamento ci ha permesso, fra l'altro, di ricondurre sotto un'unica categoria giuridica i due tipi fondamentali di concordato: quello amichevole e quello obbligatorio o forzoso, e di dar così una salda unità organica al tema, vasto in sè, e reso anche più vasto dal modo con cui fu da noi concepito e trattato.

Roma, 1° novembre 1901.

A. Rocco.

INDICE SISTEMATICO

LIBRO PRIMO

Teoria generale del concordato.

TITOLO PRIMO

Nozione e sfera d'applicazione del concordato.

CAPITOLO I. — Concetto del concordato e classificazione dei concordati.

CAPITOLO II. — Il concordato e i non commercianti.

TITOLO SECONDO

Origine e svolgimento storico del concordato.

CAPITOLO I. — L'epoca romana.

CAPITOLO II. — **L'epoca medievale.**

CAPITOLO III. — **L'epoca moderna.**

Titolo Terzo

Natura giuridica del concordato (in ispecie: del concordato obbligatorio).

CAPITOLO I. — Esposizione e valutazione critica delle varie teorie.

CAPITOLO II. — La nostra teoria.

LIBRO SECONDO
I singoli concordati.

Titolo Primo
I concordati amichevoli.

CAPITOLO I. — **Il concordato amichevole stragiudiziale.**

CAPITOLO II. — **L'accordo amichevole nella moratoria.**

CAPITOLO III. — Il concordato amichevole di fallimento.

TITOLO SECONDO

I concordati obbligatorî.

SEZIONE PRIMA — *Il concordato obbligatorio di fallimento.*

CAPITOLO I. — Nozioni generali e critiche.

CAPITOLO II. — La conclusione.

§ 1. — *La convocazione e riunione del fallito e dei creditori.*

§ 2. — *La proposta e l'accettazione.*

SEZIONE SECONDA — *Il concordato preventivo.*

CAPITOLO I. — Esposizione e critica dei varî sistemi legislativi di procedura preventiva.

CAPITOLO II. — Il progetto italiano sul concordato preventivo.

LIBRO PRIMO
TEORIA GENERALE DEL CONCORDATO

TITOLO PRIMO
Nozione e sfera d'applicazione del concordato.

CAPITOLO I.
Concetto del concordato e classificazione dei concordati.

Sommario: 1. Fallimento e concordato. — 2. Nozione del concordato. — 3. Varie specie di concordati. — 4. Classificazioni dei concordati. — 5. Nostra classificazione.

1. Finchè lo stato del patrimonio del debitore è tale, che il sistema prettamente individualista della ordinaria procedura di cognizione e di esecuzione, basta per assicurare a tutti i creditori il soddisfacimento *immediato* ed *integrale* dei loro crediti, non si può parlare nè di fallimento, nè di concordato. Ma quando lo stato patrimoniale del debitore è tale, che non possono tutti i creditori, agendo individualmente ciascuno per conto suo, ottenere *tutti* il soddisfacimento *immediato* ed *integrale* dei loro crediti, la procedura individuale conduce sicuramente ad una *perdita* per uno o più creditori. *Questo stato del patrimonio del debitore, per cui i creditori, considerati nel loro complesso, sono esposti ad una perdita*, è lo *stato di fallimento;* ed è lo *stato di fatto*, per il quale l'ordinamento giuridico ha preordinato la *procedura collettiva di fallimento* (1). In questa

(1) Lo *stato di fallimento* è uno stato obiettivo patrimoniale che preesiste alla *dichiarazione giudiziale*, ed alla procedura concursuale a cui questa dà luogo. Non si definisce perciò lo stato di fallimento quando lo si collega alla dichiarazione del giudice: questa apre la *procedura di fallimento*, ma non crea lo *stato di fallimento* (v. art. 684, 686 Cod. comm., che parlano di un *fallito* prima della *dichiarazione di fallimento*). E neppure si dà il concetto dello stato di fallimento come stato patrimoniale, ma si enumerano le condizioni necessarie

condizione appunto, in cui le norme ordinarie della procedura individuale, che garentiscono al creditore singolo l'esecuzione della pre-

---

perchè possa aprirsi la *procedura di fallimento* (di cui, nel nostro diritto, *una*, ma non l'*unica*, è lo stato di fallimento) quando si fa consistere lo stato di fallimento nel concorso della qualità di commerciante nel debitore e della cessazione dei pagamenti (v. così **Bolaffio**, *Comm. al Cod. di comm.: del fallimento*, Torino, 1889, pag. 14 e seg.; — i sigg. **Delamarre** e **Lepoitvin**, *Traité de droit comm.*, Paris, 1861, VI, pag. 8, pei quali lo stato di fallimento non è uno stato di fatto, ma " une institution du droit, une création civile ": così pure sostanzialmente: **Vidari**, *Corso di diritto commerciale*, VIII, Milano, 1897 [4ª ed.], num. 7383 e 7384; — **Luciani**, *Trattato del fallimento*, Roma, 1898 [2ª ed.], num. 99). — Lo stato di fallimento è una condizione di fatto obbiettiva, per la quale il legislatore può stabilire l'una piuttosto che l'altra disciplina giuridica: di cui può far dipendere gli effetti dal concorso dell'una o dell'altra condizione, ma che non può far consistere in un fatto piuttosto che in un altro, nella insufficienza patrimoniale, piuttosto che nella cessazione dei pagamenti. Esso può dichiarare quando intende che lo stato di fallimento dia luogo alla procedura concursuale, ed alla applicazione delle altre norme atte a stabilire l'eguaglianza tra i creditori, e con questo criterio può escludere, ad es., dall'applicazione di tale procedura e di tali norme i non commercianti in istato di fallimento, ma non può creare uno, due, tre stati di fallimento. Sarebbe lo stesso se la legge, la quale può certo a suo piacimento disciplinare gli effetti civili dello stato di infermità di mente, e regolarne la conseguenza legale: lo *stato di interdizione*, pretendesse anche poter determinare a suo arbitrio quando si verifica lo stato di infermità di mente. La legge può regolare le conseguenze di certi fatti: ma non creare i fatti che esistono all'infuori della legge. Ora il fatto è appunto che solo quando lo stato del patrimonio del debitore è tale da esporre i creditori ad una *perdita*, le norme dirette ad ottenere l'adempimento delle obbligazioni nell'interesse individuale diventano insufficienti e sorge la necessità di norme atte a diminuire la perdita e a ripartirla equamente fra i creditori: v. **Kohler**, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891, pagg. 1 e 2; — **Seuffert**, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, pag. 1 e seg.; — **Sacerdoti**, *Del fallimento. Teoria fondamentale*, Verona-Padova, 1881, pag. 3; — **Bonelli**, *Commentario al Codice di commercio. Del fallimento*, Milano, 1900-1901, pag. 2; — **Garraud**, *De la déconfiture*, Paris, 1880, pagg. 92 e 93; — **Boistel**, *Cours de droit commercial*, Paris, 1890, num. 890; — **Schullern**, nella *Zeitschrift für Volkswirthschaft, Socialpolitik, und Verwaltung*, I, pag. 423; — **Wilmowski**, *Deutische Reichskonkursordnung erlaütert*, Berlin, 1896, 5ª ed., pag. 25; — **Dernburg**, *Preussisches Privatrecht*, 3ª ed., Halle, 1882, I, pag. 263. — Chi nega che lo stato di fallimento esista come fatto giuridico prima della dichiarazione, perchè prima della dichiarazione nessun effetto proprio dello stato di fallimento si produce, nè spossessamento, nè liquidazione collettiva, nè nullità di atti (v. per es., **Bolaffio**, *Foro*, 1885, 1, 59), dimentica che lo stato di fallimento anche non dichiarato, produce sempre questa conseguenza importantissima: di poter, mediante la dichiarazione giudiziale, dar luogo alla

stazione a cui ha diritto, diventano insufficienti, e sorge la necessità che l'ordinamento giuridico organizzi, colla procedura collettiva

---

apertura del procedimento: ciò basta per renderlo un fatto capace di conseguenze giuridiche e quindi un fatto giuridico. *La necessità che un determinato fatto sia giudizialmente riconosciuto per produrre gli effetti di cui è capace, non toglie che questi effetti si ricolleghino a quel fatto e non alla decisione del giudice, e che quindi il fatto, anche prima del riconoscimento giudiziale, esista come fatto giuridico:* sostenere il contrario significa far discendere quegli effetti direttamente dalla sentenza: cioè dare alla decisione del giudice un carattere *costitutivo* completamente ripugnante all'essenza ed alla natura stessa della funzione giudiziale (v. su questo punto, quanto diciamo più oltre, num. 61, a proposito della natura giuridica del concordato). — Nel nostro concetto dello *stato di fallimento,* come stato obbiettivo patrimoniale, consistente nello *stato del patrimonio di quel debitore, i cui creditori, considerati nel loro complesso, sono esposti ad una perdita,* si può far rientrare il concetto della insolvenza così *civile* che *commerciale,* fra cui la differenza sta solo nel *modo di valutazione* e nella *disciplina giuridica stabilita dalla legge. — Nel modo con cui deve essere valutata,* per il diverso ufficio e la diversa importanza del *credito* nel mondo civile e commerciale e per la diversa importanza della *scadenza* nei rapporti civili e commerciali. Dalla quale diversità deriva un differente apprezzamento della *perdita* secondo la qualità commerciale o non commerciale del debitore e dei debiti. In genere questo *stato di perdita,* così per il debitore commerciante come per il non commerciante, non è suscettibile preventivamente di una prova *diretta.* L'accertamento diretto e preventivo dello stato patrimoniale di un privato, prima che questo si sia manifestato agli occhi di tutti con fatti esterni, implicherebbe una pericolosa violazione della libertà individuale (cfr. **Bolaffio**, *Comm.*, num. 6; — **Bonelli**, *Commentario*, num. 4, pag. 5) e, d'altro canto, non sempre condurrebbe a risultati sicuri, perchè solo dopo la liquidazione del patrimonio, è possibile vedere se vi sia e quale sia la perdita dei creditori. L'ordinamento giuridico deve dunque contentarsi, quando non si possa avere la confessione diretta fatta al giudice dal debitore, di una prova indiretta che per il non commerciante deve essere necessariamente assai diversa che per il commerciante: nel nostro diritto positivo si può dire che la prova dello stato di fallimento del non commerciante o *insolvenza civile,* è lasciata al libero apprezzamento del giudice: mentre la prova dello stato di fallimento del commerciante è disciplinata dalla legge mediante la presunzione derivante dalla *cessazione dei pagamenti:* v. **Oetker**, *Konkursrechtliche Grundbegriffe,* Stuttgart, 1891, pag. 181. — Ma la più importante differenza tra *stato di fallimento del commerciante* e *stato di fallimento del non commerciante,* cioè tra *insolvenza civile* e *commerciale,* dal punto di vista del nostro diritto positivo, sta sempre nella diversa *disciplina giuridica* che il diritto obiettivo ha stabilito per l'una e per l'altra. Mentre la legge ha disciplinato lo stato di fallimento del debitore commerciante con norme giuridiche, atte a tutelare efficacemente i diritti dei creditori, e ad attuare tra essi compiutamente la *comunione delle perdite,* mediante l'istituto del *fallimento,* ha disciplinato invece scarsamente ed ineffica-

di fallimento, un sistema di norme atte a mantenere l'eguaglianza tra i creditori, sorge anche la possibilità e la necessità del concordato. Solo allora un pensiero di solidarietà di fronte alla comune sventura può indurre i creditori a venire tutti insieme a patti col debitore, per sostituire alla liquidazione giudiziale della procedura collettiva, una liquidazione privata dei loro rapporti reciproci. Con questa liquidazione privata essi risparmiano al debitore l'onta di un procedimento infamante, evitano a sè le lungaggini di una liquidazione giudiziaria e diminuiscono le spese, che assottigliando l'attivo, finirebbero, in ultima analisi, per render più magro il loro dividendo. Ecco dunque come in questa condizione e solo in questa condizione l'interesse comune del debitore e di tutti i creditori li spinge ad accordarsi insieme per uscire nel miglior modo possibile da una situazione imbarazzata. Occorre che il debitore sia *in istato di fallimento:* senza di che nessun creditore verrebbe ad accordi implicanti rinunzie ad una parte dei suoi diritti. Occorre che, secondo il diritto obiettivo, questo stato di fallimento abbia dato o possa dar luogo alla procedura collettiva di esecuzione. Quando, sussistendo lo *stato di perdita,* l'ordinamento giuridico non assicuri la *comunione delle perdite,* e quindi la equa ripartizione di queste fra

---

cemente lo stato di fallimento del non commerciante o insolvenza civile. Cfr. art. 683 e seg. Cod. comm. e 1176, 1786, 1469, 1729, 1906, 1919 Cod. civ., e **Bonelli**, *Comment.*, num. 7; — **Garraud**, *De la déconfiture*, pag. 75 e seg.; — **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, I, pag. 130 e seg. — Non già che anche nel caso di insolvenza civile, il legislatore non abbia voluto la eguaglianza tra i creditori e la *comunione delle perdite.* L'art. 1949 Cod. civ. pone il principiò di eguaglianza stabilendo che i beni del debitore costituiscono la garantia comune dei suoi creditori: e gli art. 2092 Cod. civ. e 651 Cod. proc. civ. cercano di attuarla ammettendo tutti i creditori a partecipare al prezzo ricavato dai beni mobili ed immobili espropriati al debitore. Ma queste norme non conseguono lo scopo, sia perchè l'ipoteca giudiziale, dando una posizione privilegiata al creditore che prima riesce a far riconoscere giudizialmente il suo credito, costituisce un premio che la legge stessa (art. 1980 Cod. civ.) conferisce al primo arrivato a detrimento degli altri, sia perchè la legge ammette bensì tutti egualmente i creditori a far valere i loro diritti sul prezzo dei mobili ed immobili espropriati, ma lascia la tutela di quei diritti all'iniziativa individuale: “ Le principe est le même en cas de faillite et de déconfiture — osserva ottimamente il **Garraud**, *De la déconfiture*, pag. 115 — mais tandis que la loi prend soin de sauvegarder cette égalité dans la procédure de faillite, elle laisse, en cas de déconfiture, chacun des créanciers veiller sur ses droits ”.

tutti i creditori, ognuno, lungi dal rinunziare ad una parte dei suoi diritti, cercherà di assicurarsi il soddisfacimento del tutto, anche a danno degli altri creditori. Benchè adunque l'apertura formale di un procedimento di esecuzione collettiva (nel nostro diritto: *procedura di fallimento*), non sia il presupposto necessario del concordato, potendo questo istituto logicamente concepirsi e praticamente attuarsi, anche *prima* di una giudiziale dichiarazione che dia adito alla procedura concursuale, vero è pur sempre che il nostro istituto rientra nell'orbita del diritto di fallimento, perchè presuppone di necessità un *debitore in istato di fallimento, che sia soggetto o possa esser soggetto ad una procedura di esecuzione collettiva.*

2. Delineata così la condizione di fatto, nella quale il concordato è possibile; veduti gli scopi che esso si propone, riesce facile, pur senza formularne una definizione precisa (chè non si potrebbe, senza anticipare lo studio sulla natura giuridica del nostro istituto), dare una nozione generica del concordato, nella quale l'oggetto e gli scopi di esso siano sommariamente descritti. Senza perciò compromettere l'esito delle indagini che verremo istituendo sulla più vera natura del concordato, noi possiamo genericamente definirlo fin d'ora un *istituto giuridico il quale, sostituendo una liquidazione privata e amichevole alla liquidazione giudiziale del fallimento*, *ne fa cessare la procedura incominciata o ne evita l'apertura*.

3. Da tutto ciò si desume una prima distinzione che può farsi dei concordati: *concordati anteriori e concordati posteriori alla dichiarazione di fallimento.* Ma questa distinzione non è l'unica, nè la più importante. Gli accordi tra creditori e debitori per far cessare o evitare la procedura di fallimento possono altresì distinguersi secondo che siano fatti coll' intervento della giustizia, nel corso di un procedimento giudiziario ed abbisognino perciò della omologazione del magistrato, oppure siano conclusi affatto privatamente tra creditori e debitore. Possono distinguersi infine secondo che l'accordo concluso vincoli solo i creditori che lo assentirono, oppure vincoli anche i creditori non assenzienti, quando sia votato da una determinata maggioranza. Avremo dunque:

a) *il concordato preventivo* ed il *concordato di fallimento:* il

primo diretto ad *impedire* la dichiarazione di fallimento; il secondo diretto a *far cessare* la procedura di fallimento incominciata;

b) *il concordato stragiudiziale* ed il *concordato giudiziale:* il primo concluso privatamente fra i creditori ed efficace fra le parti appena consentito; il secondo concluso coll' intervento della giustizia e abbisognevole per produrre i suoi effetti, anche tra le parti, della omologazione giudiziale;

c) *il concordato amichevole* ed il *concordato obbligatorio o forzoso:* il primo concluso con i singoli creditori e vincolativo pei soli creditori assenzienti; il secondo concluso colla maggioranza dei creditori e vincolativo anche per i non assenzienti.

4. Queste distinzioni non sono fatte secondo gli stessi criteri, nè sono rigorosamente mantenute da tutti gli autori. Si suol chiamare, ad esempio, qualche volta, *stragiudiziale*, anche il concordato amichevole di fallimento (2). Il che non è veramente del tutto esatto, perchè anche il concordato amichevole di fallimento deve essere omologato dal tribunale, e quindi non può dirsi fatto all'infuori di qualunque intervento della giustizia (3). Qualche volta si chiama *giudiziale* il concordato conchiuso *dopo la dichiarazione di fallimento* (4): il che neppure è esatto perchè vi sono concordati *giudiziali*, conchiusi cioè coll'intervento della giustizia o almeno, abbisognevoli della omologazione del magistrato, anche prima della formale dichiarazione di fallimento: per es.: il così detto *concordato preventivo* che esiste presso qualche legislazione, e che si vuole introdurre anche nella nostra, il quale è un vero concordato obbligatorio o forzoso, è accompagnato da un apposito procedimento di verificazione giudiziale dei crediti, ed ha bisogno della omologazione del magistrato. Egualmente l'*accordo amichevole nella moratoria*, che può essere stipulato benissimo nella moratoria preventiva e tuttavia abbisogna sempre della omologazione del tribunale (5).

La distinzione quindi di gran lunga la più importante fra tutte, perchè fatta secondo un criterio che concerne l'intima natura giu-

---

(2) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8434 e 8435.

(3) **Guariglia**, *Il concordato nel diritto italiano e straniero*, Napoli, 1892, pag. 7, nota 2.

(4) **Guariglia**, *Il concordato*, pag. 7.

(5) V. più oltre num. 128.

ridica e gli effetti del concordato, è la distinzione tra *concordato amichevole* e *concordato obbligatorio o forzoso.* Mentre le altre distinzioni sono *puramente formali*, perchè concernono unicamente il *momento* in cui il concordato ha luogo (*prima* o *dopo* la dichiarazione di fallimento): oppure unicamente le *forme della conclusione* e le formalità necessarie perchè il concordato concluso produca i suoi effetti (concordato *giudiziale* o *stragiudiziale*), la distinzione tra concordato *amichevole* e *obbligatorio* tocca la *sostanza* del concordato e degli effetti del concordato, il quale ha una efficacia *più limitata* se semplicemente *amichevole, più ampia* se *obbligatorio o forzoso.*

5. La classificazione che noi adottiamo parte dal criterio della *efficacia* del concordato, per tener conto, poi, degli altri criteri distintivi. Abbiamo perciò:

A) *il concordato amichevole.* Il quale alla sua volta si distingue in:

a) *concordato amichevole stragiudiziale:* cioè il concordato concluso all'infuori di qualunque procedura, e senza intervento di magistrato, concordato il quale non vincola se non i creditori che vi hanno aderito;

b) *il concordato amichevole giudiziale:* cioè il concordato concluso nel corso di una procedura giudiziaria (di *moratoria* o di *fallimento*), abbisognevole della omologazione giudiziale, specie agli effetti della cessazione del procedimento in corso, ma anch'esso non vincolativo che per gli assenzienti. Secondo che il concordato amichevole giudiziale ha luogo durante la procedura di moratoria o di fallimento si ha:

α) *il concordato amichevole di moratoria;*

β) *il concordato amichevole di fallimento.*

B) *il concordato obbligatorio.* Il quale alla sua volta, pure si distingue in:

a) *concordato obbligatorio preventivo:* che è il concordato obbligatorio concluso prima della formale dichiarazione di fallimento: il così detto *concordato preventivo in senso stretto*, che si vuol introdurre nella nostra legislazione come sostitutivo della moratoria;

b) *il concordato obbligatorio di fallimento:* il concordato, di cui si occupa il Codice di commercio agli art. 831 e seg., e che, come mezzo per por fine alla procedura di fallimento incominciata,

è il più importante dei concordati, quello di cui le legislazioni si occupano lungamente, e spesso, esclusivamente.

S'intende che ogni concordato *obbligatorio* è *giudiziale*, occorrendo l'intervento della giustizia perchè il concordato consentito dalla maggioranza possa avere efficacia anche rispetto ai non assenzienti.

CAPITOLO II.

Il concordato e i non commercianti.

Sommario: 6. I debitori civili e il concordato. — 7. Obbiezione contro il concordato civile. — 8. Risposta alle obbiezioni. — 9. Altre considerazioni a favore del concordato civile.

6. Allo stato della nostra legislazione, la quale fa del fallimento un istituto proprio dei commercianti, il concordato, non solo obbligatorio, ma anche amichevole, è necessariamente un istituto posto a servizio dei soli debitori commercianti. Sul concordato obbligatorio non v'ha dubbio, perchè oggi esso non può aver luogo che nel corso di una procedura di fallimento; ma altrettanto è a dirsi del concordato amichevole anche stragiudiziale. Le osservazioni premesse sul rapporto intimo che lega il concordato alla esistenza o alla possibilità di una procedura collettiva di esecuzione, giustificano ampiamente questa conseguenza. Certo, un concordato amichevole stragiudiziale non è, oggi, una *impossibilità giuridica* per il debitore non commerciante: ma è una *impossibilità pratica* derivante dal nessun interesse che hanno i creditori a consentirlo. Non si esclude sicuramente che in qualche caso eccezionale possano i creditori di un debitore non commerciante riunirsi e di comune accordo concedere al debitore riduzioni dei proprî crediti o dilazioni: ma sono casi speciali, e necessariamente isolati, estranei alla natura ed alla *normale* sfera d'applicazione del nostro istituto.

Ma se, *de lege lata*, si debbono necessariamente escludere i debitori civili dal beneficio del concordato, ciò non toglie che la scienza possa e debba far voti che in un sistema legislativo, nel quale la procedura collettiva di esecuzione sia istituto comune ai

commercianti ed ai non commercianti, anche il concordato venga posto a disposizione dei debitori civili e dei loro creditori, come il mezzo praticamente migliore per liquidare prontamente la situazione, nell'interesse di tutti, ed anche nell'interesse sociale a cui preme siano conservate in vita industrie ed aziende suscettibili di un promettente avvenire.

7. La tesi del concordato esteso ai debitori non commercianti, solleva tuttavia obbiezioni anche più numerose e più gravi dello stesso istituto che ne costituisce il presupposto necessario: la procedura civile di esecuzione collettiva (1). Oltre a tutte le difficoltà che si oppongono contro il *concorso civile*, altre se ne sollevano particolarmente contro il *concordato civile*, le quali, poi, alla loro volta, servono a confortare la opinione che la procedura collettiva di fallimento non sia possibile all'infuori del campo commerciale. Si comprende agevolmente che la questione non si fa e non può farsi se non per il concordato *obbligatorio:* nessuno pensa ad impedire ai creditori di un non commerciante di rinunziare, ciascuno

---

(1) Preferiamo adoperare questa espressione più generale, ma più esatta, invece dell'altra che corre comunemente di *fallimento civile* o *fallimento dei non commercianti*. In realtà il fallimento non consiste tutto nella procedura collettiva o di concorso che ne costituisce l'essenza dal punto di vista patrimoniale. Il fallimento è anche un istituto di diritto pubblico, in quanto importa decadenze civili e politiche, incriminabilità in via penale di fatti che fuori di esso non costituirebbero reato (tutti i fatti costituenti bancarotta semplice ed alcuni di quelli costituenti bancarotta fraudolenta), e, per conseguenza, nota d'infamia e *capitis deminutio* morale. Tutti effetti che è giusto siano connessi alla insolvenza del commerciante, il quale, essendo normalmente un amministratore di capitali altrui, è giusto risponda rigorosamente non solo del dolo, ma anche della semplice colpa. Invece, allo stato attuale della coscienza pubblica, la quale guarda con occhio assai più indulgente la insolvenza civile, prodotta spesso dalle difficoltà della vita, dalla scarsezza dei raccolti, dalla esiguità dei salari e degli stipendi, dallo scarso reddito delle professioni liberali, non si potrebbe certo trattare altrettanto severamente il debitore civile oberato. Tolto dunque di mezzo questo nome pauroso di *fallimento*, noi crediamo che molte obbiezioni cadrebbero e molti oppositori si convincerebbero. E poichè in fondo tutti sono concordi nella necessità di escludere i non commercianti dalla maggior parte di queste disposizioni rigorose d'indole *personale*, tutto si ridurrebbe ad una questione di nomi. Ma anche i nomi hanno la loro influenza su certi fenomeni di miopia misoneista, spesso giustificati dal modo inesatto con cui si pongono le questioni.

disponendo singolarmente del suo credito, a parte, ed anche alla totalità dei loro diritti: giacchè siamo in un campo di interesse meramente privato ed individuale, in cui l'ordinamento giuridico non ha da dettar norme. Le obbiezioni che si fanno al concordato obbligatorio (*preventivo* e *di fallimento*) sono invece numerose e gravi:

a) Nel concordato i creditori non consentono a riduzioni dei loro diritti se non perchè la liquidazione attuale del patrimonio del debitore procurerebbe loro un dividendo minore di quello che è loro promesso nel concordato, sia pure questo pagabile più tardi: essi contano sulla ripresa degli affari da parte del debitore, rimesso alla testa del suo patrimonio e sgravato di una parte del passivo. Ma tutto ciò non ha ragion d'essere che nel caso di un debitore commerciante: solo il commerciante ha speranza, mediante la ripresa degli affari resagli possibile dal concordato, di risollevare la sua condizione economica, e di procacciarsi colla sua attività personale i mezzi per soddisfare i creditori. Che cosa possono sperare invece i creditori di un non commerciante? Solo un avvenimento straordinario e impreveduto: una eredità, una vincita al giuoco, potrà sensibilmente mutare le sue condizioni patrimoniali: e i creditori non hanno alcuna ragione di rinunziare a parte dei loro diritti nell'attesa di un avvenimento, che dal loro sagrificio non sarà reso nè più prossimo, nè più probabile. Il concordato si risolverebbe adunque in una liberalità, e sarebbe il risultato di un sopruso esercitato a danno dei veri creditori da un gruppo di parenti o di amici, creditori spesso soltanto simulati e fittizi (2);

b) Le aziende alimentate dal credito, come quelle dei commercianti, sono in ultima analisi, amministrazioni di capitali altrui: i creditori che confidano al commerciante i loro capitali, ricavandone grossi interessi, sanno di impiegare i loro fondi in una impresa, per forza stessa delle cose, aleatoria. È perciò giusto che, come partecipano ai profitti dei buoni affari, risentano anche le perdite dei giorni cattivi. Il commerciante che si ingolfa in speculazioni, non fa che il suo mestiere: se la speculazione fallisce, si comprende che non debba egli solo sopportare la perdita, ma

---

(2) Cfr. **Garraud**, *De la déconfiture*, pag. 260 e seg., il quale, benchè favorevole al concorso civile, vorrebbe escluderne le norme concernenti il concordato. Questa opinione è accolta dal **Sacerdoti**, *Fallimento*, nell'*Enciclopedia giuridica*, pag. 105.

anche chi, prestandogli i capitali, partecipò all'impresa. Ora tutto ciò non è vero per il debitore non commerciante. Il debitore civile non vive, nè deve vivere sul credito: non si arrischia, nè deve arrischiarsi in speculazioni azzardate: i capitali che gli si dànno in prestito si vogliono collocati in modo sicuro, a lunga scadenza, a modico interesse. Se invece di farne un impiego prudente, si lanciò in imprese avventurose, se abusò del credito per alimentare un lusso sproporzionato ai suoi mezzi, peggio per lui. Non dovranno i creditori subir le conseguenze della sua condotta imprudente (3);

c) Il concordato di maggioranza deve fondarsi necessariamente sopra un accertamento accurato del passivo del debitore, mediante il quale si ammettano al voto solo i veri creditori, e si eliminino i crediti simulati o esagerati. Ciò è possibile fare, anche in un tempo relativamente breve e con una procedura relativamente rapida, quando si tratta di un commerciante, a cui la legge impone, sotto la minaccia di sanzioni severe, di tenere conto nei suoi libri delle entrate e delle spese, delle operazioni fatte, dei beni mobili ed immobili che possiede. Ciò non è invece pel non commerciante che non tiene libri, il cui passivo non si può conoscere facilmente, al quale ogni sorta di frodi è facile per costituire una maggioranza fittizia di parenti o di amici (4);

d) Il concordato è un istituto di reale e rilevante interesse quando venga applicato a quelle classi di debitori, le cui aziende riposano sul credito *personale:* non a quelle a cui il credito personale è quasi totalmente ignoto. Poichè i crediti forniti di garanzie reali sono esclusi dal concordato di maggioranza, questo istituto diventa una vera superfetazione per quei creditori, il cui passivo è formato, nella quasi totalità, di crediti garantiti da privilegi, pegni o ipoteche. Ora questo appunto è il caso dei debitori civili, ai quali non si fa credito in considerazione della fiducia che ispira la loro persona, ma in considerazione del patrimonio che garantisce il passivo e sul quale si cerca in ogni modo di otte-

---

(3) Sostanzialmente, queste critiche sono ripetute e riassunte in uno scritto molto sensato del marchese **Raffaele Cappelli**, Presidente della Società degli agricoltori italiani, nel *Bollettino della Società degli agricoltori italiani*, V (1900), pag. 740 e seg. (in risposta ad un articolo del prof. **Vivante**, *I concordati preventivi e gli agricoltori*, inserito nello stesso *Bollettino*, V (1900), num. 21).

(4) **Cappelli**, *Bollettino* citato, pagg. 741 e 742.

nere, quando non lo si abbia già per legge, un diritto reale di garanzia. In questa condizione estendere il concordato ai non commercianti significa fare una riforma priva di contenuto pratico (5).

8. Tutte queste considerazioni hanno certamente del vero e dimostrano che il problema è assai più grave e complesso di quello che possa apparire a prima vista. Tuttavia, una più matura riflessione ci sembra le dimostri in parte non fondate completamente sui fatti, in parte vere, ma non conducenti allo scopo. Ce ne persuaderemo, esaminandole partitamente:

a) Nelle condizioni dell'economia odierna non è più vero che solo i commercianti possano attendere dal proprio lavoro e dall'impiego dei proprî capitali una fonte di guadagni futuri, e che solo ai creditori di un commerciante possa convenire la restituzione del patrimonio sequestrato nella speranza di ottenere in futuro un dividendo più forte di quello che darebbe loro oggi la liquidazione. Come osserva ottimamente il Thaller, ci sono ai confini del mondo commerciale una quantità di industrie, che giuridicamente non ne fanno parte, ma nelle quali si adoperano gli stessi procedimenti e che possono avere, dopo il fallimento, le stesse probabilità di restaurazione (6). L'agricoltura, ad esempio, la quale ogni giorno, colla introduzione delle macchine, col diffondersi della cultura intensiva, colla conquista dei mercati esteri, colla ricerca dei tipi costanti, colla creazione di industrie accessorie (latterie, caseifici, distillerie), va sempre più organizzandosi a base industriale e commerciale. In quanti casi la crisi è stata prodotta dalle eccessive spese di impianto, o dal succedersi di annate cattive, e i creditori, che dalla vendita disastrosa di un fondo non ricaverebbero che un dividendo irrisorio, possono ottenere il pagamento integrale concedendo lunghe dilazioni, o ripartendo il credito in rate ragionevoli e scadenti ad epoche opportune!

b) L'osservazione che il commerciante si può considerare, in ultima analisi, un amministratore di capitali altrui, è vera: ma non è vera altrettanto la conseguenza che se ne vuol far discendere, che sia giusto, mediante il concordato, far subire ai creditori del commerciante la perdita prodotta dal cattivo esito degli

---

(5) Cfr. **Cappelli**, *Bollettino* citato, pag. 742.

(6) **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, I, pag. 167.

affari intrapresi. Questo argomento, se mai, prova proprio il contrario. Appunto perchè il commerciante arrischia, nelle sue speculazioni, non già i capitali proprî, ma i capitali altrui, è egli tenuto ad una maggior diligenza, ad una maggior oculatezza, ad una maggior prudenza del debitore civile. Ritenere il commerciante meritevole di un beneficio perchè adoperò male il denaro degli altri, ecco quello che si riesce difficilmente a comprendere. Ma è proprio il punto di vista, da cui si mettono gli avversari del concordato civile, che a noi sembra totalmente sbagliato. Il concordato *come tale* non si può considerare un beneficio che si deve consentire al creditore degno, e negare al creditore indegno. Se fosse così, non solo il debitore civile, che consumò in spese voluttuarie o soltanto eccessive il capitale mutuatogli, dovrebbe ritenersi immeritevole del concordato, ma, a più forte ragione, il debitore commerciante che in speculazioni arrischiate e colpevoli o in spese smodate, dissipò i capitali che altri gli confidò nella spëranza di impiegarli utilmente. — Ora non è questo il concetto che ci si deve formare del nostro istituto. Il concordato in sè non è un favore concesso a nessuno: nè al debitore, nè ai creditori: è semplicemente un mezzo posto a disposizione degli uni e degli altri per uscire meglio e più prontamente da una situazione imbarazzata. Tanto vero, che il codice vigente, abolendo le poche cause di inammissibilità che la legislazione precedente riconosceva, permette il concordato non solo al fallito colpevole di bancarotta semplice, ma anche al bancarottiere fraudolento (7). Egli è che il concordato, come dimostreremo più oltre, è un contratto: e nessun contratto si può far dipendere dalla onestà o dalla moralità di uno dei contraenti (8).

---

(7) V. più oltre, num. 161 e seg.

(8) V. più oltre, num. 161 e seg. — Tutto ciò non vale naturalmente per il così detto *concordato preventivo*: ma non perchè questo sia un concordato di natura diversa dal concordato di fallimento, ma perchè tutto il procedimento, che fa capo al concordato preventivo, è un procedimento di favore istituito a beneficio dei debitori sventurati e di buona fede. Per un'altra ragione adunque bisogna anche, a proposito del concordato preventivo, concludere che ogni distinzione tra commercianti e non commercianti è illogica ed arbitraria, perchè è ingiusto e contrario alla realtà il dichiarare *a priori* di mala fede ed immeritevoli del beneficio del concordato preventivo tutti i debitori civili. Si dice che la insolvenza dei non commercianti, i quali vivono fuori degli affari, non può essere che colposa. Ma risponde benissimo il **Vivante**, *I concordati*

c) Si esagera l'importanza dei libri di commercio, quando si afferma impossibile un esatto accertamento dei crediti costituenti il passivo e quindi della sincerità della maggioranza nel caso di un debitore civile, che non è obbligato, nè può essere obbligato alla tenuta dei libri. La costituzione di una maggioranza fittizia non può avvenire che o mediante la creazione di crediti simulati o mediante la esagerazione di crediti reali. *Ora ciò può farsi egualmente, tanto dal debitore obbligato a tenere i suoi libri, quanto dal debitore non obbligato a tenerli, e che non li ha tenuti.* Tanto nel caso di simulazione totale, quanto nel caso di esagerazione, il parente, l'amico, il creditore compiacente, debbono necessariamente essere complici della frode. E quindi avverrà che se il debitore di mala fede è un commerciante, obbligato a tenere i suoi libri, la frode avrà la sua base nei libri, e sarà quindi tanto più temibile e difficile a scoprirsi; se invece il debitore è un non commerciante, egli si limiterà a creare dei titoli di credito fittizi, che, non essendo avvalorati dalle scritturazioni, potranno forse più facilmente dimostrarsi simulati. I libri, colle loro registrazioni quotidiane e cronologicamente ininterrotte, possono evitare *che non si tenga conto* di qualche creditore; ma non possono impedire che il debitore di mala fede aggiunga *nuovi crediti e nuovi creditori* alla serie di quelli che già ingrossano il passivo. Si obbietta che la legge punisce colla

---

preventivi e gli agricoltori, estratto dal *Bollettino della Società degli agricoltori italiani*, anno V, num. 21, Roma, 1900, pag. 5 dell'estr.: " Sono discorsi d'altri tempi. Anche il padre di famiglia più cauto, che depositò il suo in una solida banca, che lo investì in titoli municipali, provinciali, fondiari, considerati di assoluta sicurezza, può essere, contro ogni ragionevole previsione, colpito dall'insolvenza della banca, dall'insolvenza di quei corpi morali, e messo temporaneamente o per sempre nell'impossibilità di far fronte ai suoi impegni ". — Oltre a questi esempi bene appropriati, altri se ne possono citare: così è assurdo chiamar colpevole della propria insolvenza il proprietario, i cui raccolti furono distrutti dalla grandine, o i cui vigneti furono rovinati dalla fillossera, o i redditi dei cui fabbricati vennero assottigliati improvvisamente da una crisi edilizia. Negare il beneficio del concordato preventivo ai debitori civili, in base ad una così erronea considerazione, significa presumere negligenti o disonesti tutti i debitori civili insolventi, e sventurati ed onesti tutti i debitori commercianti in istato di cessazione di pagamenti! Questa ricerca della onestà e della buona fede deve essere istituita caso per caso dal giudice quando si tratta di concedere il benefizio: non può essere fatta aprioristicamente dal legislatore per escludere in modo assoluto dal concordato preventivo intiere classi di cittadini.

pena dei bancarottieri il commerciante che presenta nel fallimento i suoi libri alterati. E noi rispondiamo che nulla vieta al legislatore di punire colla stessa pena (come del resto fa anche oggi coi commercianti: art. 860) il debitore civile che espone passività insussistenti. Aggiungiamo di più: le disposizioni del Codice penale sul reato di truffa bastano allo scopo, perchè chi, alterando dolosamente lo stato del suo passivo, ottiene un concordato mediante l'adesione di una maggioranza fittizia, cade senz'altro sotto la sanzione dell'art. 413 Cod. pen., il quale commina la reclusione fino a tre anni, e la multa oltre le lire cento a " chiunque, con artifizi o raggiri atti a ingannare o a sorprendere l'altrui buona fede, inducendo altri in errore, procura a sè o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno ".

d) È vero, infine, che il credito civile essendo credito principalmente reale, il concordato (come del resto tutto il fallimento) deve avere, nei rapporti civili, una sfera di applicazione più ristretta che nei rapporti commerciali. Ma è questa una condizione di fatto che renderà *meno frequenti* i concordati civili: non già una ragione sufficiente per *negare il concordato* ai debitori civili. — Del resto, che il credito civile sia credito reale, non esclude affatto l'utilità del concordato; il concordato presuppone l'insolvenza: è un rimedio contro l'insolvenza: e quindi trova applicazione appunto quando la garanzia o manca o è insufficiente. Il vero è però che l'utilità del concordato nei rapporti civili non può essere misurata alla stregua di quelle che sono *oggi* le condizioni del credito non commerciale. *Il concordato civile presuppone di necessità la procedura di concorso civile;* l'estensione del concordato ai non commercianti, e l'estensione del fallimento ai non commercianti, sono due riforme che non possono andare disgiunte, giacchè, come vedemmo, il concordato ha la sua base e la sua ragion d'essere nella esistenza *attuale* o *prossima* della procedura collettiva di concorso (9).

---

(9) *Su questo punto* non possiamo consentire col **Vivante**, il quale, nel suo articolo così geniale e suggestivo sui *concordati preventivi e gli agricoltori*, esaminando la struttura del concordato preventivo, dice: " Se il tentativo di concordato vien meno, si apre la procedura di fallimento. *Ma non vi è alcuna necessità logica o pratica che imponga questa sanzione, poichè in seguito al mancato tentativo di concordato si potrebbe ridonare ai creditori la libertà delle procedure individuali* " (pag. 4 dell'estratto). — A noi sembra invece che un procedimento di concordato preventivo non seguìto da fallimento, in caso di

Ma l'estensione della procedura di fallimento ai debitori civili, implicita nella estensione del concordato, ponendo in mano ai creditori un'arma assai più efficace contro l'insolvenza del debitore, migliorerebbe indubbiamente le condizioni del credito civile, ed aprirebbe anche ai non commercianti la gran porta del credito personale. Una delle ragioni, certo, per cui il credito personale è facile ai commercianti, sta appunto nella sicurezza offerta dall'ordinamento giuridico ai creditori che i beni tutti del debitore, costituenti la loro garanzia comune, possano essere da un momento all'altro, ed appena sorga il pericolo di una *perdita*, immobilizzati mediante la dichiarazione di fallimento, e costituiti effettivamente in pegno a tutti i creditori. *La possibilità di convertire, al manifestarsi del pericolo, la garanzia personale in garanzia reale, induce facilmente il creditore a rinunziare alla costituzione attuale di una tale garanzia.* — Quando questa possibilità fosse estesa anche al campo del credito civile, anche i creditori del non commerciante rinunzierebbero alla costituzione attuale di garanzie reali, nella sicurezza che i beni del debitore, garanzia comune di tutti i suoi crediti (art. 1949), possano, appena manifestatosi il pericolo, essere immobilizzati e destinati al soddisfacimento proporzionale di tutti i crediti, nella sicurezza che le fraudolente diminuzioni di attivo e gli aumenti maliziosi del passivo possano essere prontamente, facilmente, energicamente re-

insuccesso del concordato, non sia possibile, e che perciò ottimamente abbia fatto la *Sottocommissione per la revisione della procedura di fallimento* di proporre che, ove venga esteso il concordato preventivo ai non commercianti, si aggiunga al progetto un articolo così concepito: " Il non commerciante e le società civili possono chiedere il concordato preventivo con ricorso al tribunale nella cui giurisdizione hanno il loro domicilio, purchè dichiarino di sottoporsi alla procedura civile del fallimento, nel caso che il concordato sia rifiutato ". V. **Bolaffio**, *Relazione sul concordato preventivo*. Estr. dalla *Giur. it.*, Torino, 1895, pag. 41. — Una procedura di concordato preventivo che non abbia sicuramente il suo epilogo nella procedura di fallimento in caso di rifiuto del concordato, non può condurre che ad un insuccesso; perchè nessun creditore acconsentirà a ridurre le sue pretese quando sa che, respinto il concordato, si ritornerà alle procedure individuali ed egli potrà forse, con una rapida esecuzione, ottenere, anche a danno degli altri, il completo soddisfacimento del suo credito. Senza contare che nella inutile tregua del procedimento di concordato, si sarà perduto un tempo prezioso, con pericolo di dispersione dell'attivo da parte del debitore, i cui atti non potrebbero (come sarebbe invece in caso di successiva dichiarazione di fallimento) essere colpiti da presunzioni di frode e da nullità.

pressi, nella sicurezza infine che possa essere rivendicato alla massa tutto ciò che faceva parte della garanzia comune e ne è indebitamente uscito. Attuata questa riforma, il credito personale non fuggirà più i non commercianti, e potranno forse avviarsi ad una soluzione molti problemi, primo fra i quali il problema del credito agrario, che da diecine e diecine di anni tengono preoccupati in Italia i pubblici poteri, e dànno luogo continuamente a uno sterile sovrapporsi e succedersi di ordinamenti legislativi.

9. Un'ultima osservazione, e questa d'indole strettamente giuridica, conforta la tesi del concordato civile. Il concordato, anche obbligatorio, non è — come dimostreremo studiandone la natura giuridica (10) — un istituto d'indole eccezionale, una breccia che l'equità ha fatto nelle norme rigorose del diritto delle obbligazioni, ma è una conseguenza naturale, necessaria, e conforme ai principî del diritto contrattuale, dell'aggruppamento dei creditori in comunione, per effetto della dichiarazione del fallimento o dell'apertura del procedimento di concordato preventivo. Se adunque la procedura collettiva di esecuzione, la quale appunto crea la condizione giuridica di cui il concordato di maggioranza è la conseguenza, non è una eccezione o uno strappo alle norme del diritto comune, anche il concordato deve considerarsi come un istituto che può rientrare e deve rientrare sotto le regole generali del diritto contrattuale. Tutta la nostra trattazione costituisce una prova della utilità e necessità di questo fecondo coordinamento (11).

Le legislazioni straniere che aderiscono al concetto del concorso civile, fanno del concordato un istituto comune ai commercianti, e ai non commercianti. Così la legge inglese 25 agosto 1883, completata dalle leggi 16 settembre 1887 e 18 agosto 1890; la legge svizzera 11 aprile 1889; la legge spagnuola di *enjuntamiento civil;* solo la legislazione austriaca restringe ai commercianti il concordato, mentre disciplina come istituto comune ai commercianti ed ai non commercianti la procedura collettiva di esecuzione (12).

---

(10) V. più oltre, num. 76 e seg.
(11) V. specialmente num. 51.
(12) V. più oltre, num. 47.

TITOLO SECONDO

Origine e svolgimento storico del concordato.

CAPITOLO I.

L'epoca romana.

Sommario: 10. Il *pactum ut minus solvatur* dell'erede di un'eredità oberata. — 11. Ragioni del patto. — 12. Efficacia del patto. — 13. Natura e funzione sociale del patto. — 14. Il patto dell'erede e il concordato odierno. — 15. Il calcolo delle maggioranze. — 16. Condizione giuridica dei fideiussori. — 17. Condizione giuridica dei creditori privilegiati. — 18. Risultati.

10. L'accordo tra i creditori di una eredità oberata e l'erede, per indurlo ad adire l'eredità o a non far uso del *beneficium abstinendi*, è l'istituto del diritto romano, che più di ogni altro può riannodarsi al concordato, sia per una ragione estrinseca di somiglianza nella struttura giuridica, sia perchè fu esso il punto di appoggio, che permise alla dottrina del diritto comune di accogliere il nostro istituto, creato dai nuovi bisogni della vita commerciale e per la prima volta disciplinato dalle legislazioni statutarie delle città italiane (1).

(1) È per ciò che non teniamo conto speciale di altri istituti e figure giuridiche, sorti dalla necessità delle cose, che adempirono nel mondo romano alla stessa funzione a cui provvede il concordato nel diritto odierno. Nei primordi del Diritto romano la procedura esecutiva sorse con carattere strettamente *personale,* ed aveva non tanto lo scopo di concedere al creditore la sterile soddisfazione di trar vendetta sulla persona del debitore del danno patito pel mancato pagamento del credito, quanto l'intento più pratico di vincere, coi rigori usati verso la persona, l'ostinazione del debitore, e sopratutto, di provocare l'intervento dei suoi parenti ed amici. Secondo la geniale osservazione dello **Scialoia** (*Lezioni di procedura civile romana,* raccolte da **Mapei** e **Nannini**, Roma, 1894, § 37, pag. 304) nella antica società romana, divisa in gruppi, l'individuo trae tutta la sua forza politica ed economica dal gruppo di cui fa parte, il quale ha il dovere di intervenire per lui; talchè tutta la procedura ha per

11. Per il diritto romano l'erede di una eredità oberata poteva, mediante un *patto*, convenire coi creditori dell'eredità la riduzione dei debiti ereditari, riduzione che gli veniva consentita perchè egli adisse l'eredità, se fosse stato *heres voluntarius*, perchè rinunciasse a servirsi del *beneficium abstinendi*, se fosse stato *heres suus et necessarius*, perchè gli fosse reso impossibile l'esercizio del *beneficium separationis*, se fosse stato *heres* semplicemente *necessarius* (2).

---

iscopo, oltre che costringere il debitore a pagare, a far sì che i suoi intervengano per soddisfare il creditore. In tal condizione di cose, è lecito supporre che intervenissero accordi tra il debitore o i suoi parenti, e i creditori, per i quali, mediante promessa di pagamento futuro con opportune garanzie o mediante pagamenti parziali, i creditori si inducessero a lasciar libero il debitore. Dice il **Keller**, *Der röm. Civilprozess und die Aktionen.* Trad. **Filomusi-Guelfi**, § 83, nota 22: " L'*actio iudicati* apparteneva, come l'*actio iniuriarum ob membrum ruptum* ed in seguito anche l'*actio furti manifesti*, all'antica famiglia delle azioni, che erano fondate sulla convenzione, ed il cui scopo formale si era di rendere il debitore più pieghevole a venire coll'attore ad un accordo amichevole ". — V. anche **Gellio**, *Noctes Acticae*, XX, 1, § 46; — **Kohler**, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891, pag. 4. — Anzi, nel secondo periodo della procedura romana di esecuzione personale, inauguratosi colla *lex Poetelia* del 441, che tolse alla antica procedura esecutiva sulla persona tutte le atrocità che ripugnavano alla civiltà più progredita del popolo romano, era obbligatorio pel creditore il rilascio del debitore, quando questi avesse giurato d'aver beni sufficienti alla soddisfazione del credito. (V. **Scialoia**, *Proc. civ. rom.*, pagina 304; — **Keller**, *La proc. civ. rom.*, § 83; — **Rudorff**, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1857-59, II, § 89, pag. 295; — **Huschke**, *Ueber das Recht des Nexum*, Leipzig, 1846, pag. 138; — **Bethmann-Holwegg**, *Der römische Civilprozess*, Bonn, 1864-66, II, § 113, pag. 666 e nota 32). — Ma nè questo modo di liberazione del debitore mediante giuramento può chiamarsi concordato, mancandovi totalmente l'intervento dei creditori, nè sui concordati amichevoli diretti ad evitare l'*addictio*, abbiamo alcuna positiva notizia. Introdotta la esecuzione patrimoniale della *bonorum venditio*, la consuetudine degli accordi amichevoli per evitare i perniciosi effetti di questo procedimento, in ispecie, l'arresto personale e l'infamia, si estese e dette vita perfino ad una vera industria da parte degli *argentarii*. Questi, mediante abbandono dell'attivo del debitore, si impegnavano di tacitare i creditori a tutto loro rischio e pericolo (cfr. **Quintilianus**, *Inst. Or.*, lib. V, cap. *de argumentis*). — S'intende che questa convenzione tra il debitore e l'argentario non impediva che ogni creditore potesse rivolgersi contro il debitore, quando non avesse aderito all'accordo coll'argentario; il quale però restava esposto all'azione del debitore ed era tenuto a rilevarlo da ogni molestia.

(2) La perdita del *beneficium separationis* per l'erede necessario non proveniva naturalmente dal patto, da cui nasceva soltanto una *exceptio* a favore

Ulp., lib. IV, *ad Edictum;* fr. 7, *de pactis*, 2, 14: " § 17. Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, ut minus solvatur, pactum valiturum est. § 18. Sed si servus sit, qui paciscitur, priusquam libertatem et hereditatem adipiscatur, quia sub conditione heres scriptus fuerat, non profuturum pactum Vindius scribit: Marcellus autem libro octavo decimo digestorum et suum heredem et servum necessarium pure scriptus, paciscentes priusquam se immisceant, putat recte pacisci, quod verum est. Idem et in extraneo herede: qui si mandatu creditorum adierit, etiam mandati putat eum habere actionem. Sed si quis, ut supra rettulimus, in servitute pactus est, negat Marcellus, quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem: quod in pacti exceptione admittendum est ".

12. Tutto ciò è ben chiaro e ci risolve le varie questioni a cui può dar luogo la diversa condizione giuridica dell'erede: *voluntarius, suus* o *necessarius*, *pure scriptus* o condizionato. Per ciò che concerne le *condizioni del patto, e l'efficacia del patto convenuto* (che è la parte dell'istituto più interessante per noi) probabilmente il patto dovette incominciare coll'essere vincolativo solo per i creditori che assentirono alla riduzione. Solo in progresso di tempo si cominciò verosimilmente a stabilire che potesse opporsi anche ai creditori regolarmente convocati e non intervenuti: e forse più tardi ancora il patto consentito dalla maggioranza si ritenne opponibile tanto ai creditori assenti quanto ai presenti e dissenzienti. In quest'ultima forma la l. 7, § 19, ci presenta appunto l'istituto:

Ulp., lib. IV, *ad Edictum;* fr. 7, § 19, *de pactis*, 2, 14: " Hodie tamen ita demum pactio hujusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc

---

dell'erede, ma era dovuta a ciò che, siccome probabilmente, il *beneficium separationis* a favore dell'erede necessario era, sull'esempio del *beneficium separationis* dei creditori, conceduto dal pretore *causa cognita* (**Gordianus**, Const. 2, *de bon. auct. iud.*, 7, 72; v. **Lenel**, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883, pag. 349), qualora, nel procedimento esecutivo, l'erede necessario il quale aveva convenuto la riduzione, pretendesse prevalersi del *beneficium*, doveva vedere la sua domanda respinta dal pretore come fatta in mala fede.

praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem „ (3).

Le condizioni della obbligatorietà del patto consentito dalla maggioranza per la minoranza dissenziente, furono disciplinate compiutamente in un rescritto dell' imperatore Marco Aurelio, più volte ricordato dalle fonti (fr. 8 e 10 princ. *de pactis*, 2, 14). Ma evidentemente il principio sia della validità del patto consentito da tutti i creditori, sia della validità di quello consentito dalla sola maggioranza e della sua obbligatorietà pei non consenzienti, è anteriore a Marco Aurelio. Infatti: *a)* a quel che dice Ulpiano (fr. 10 princ. h. t.) Marco Aurelio non fece che *dare formam* ad un istituto già noto al diritto romano; *b)* già l'imperatore Antonino Pio aveva disciplinato l'efficacia del patto, rispetto ai privilegiari assenti (fr. 10 princ. h. t.); *c)* del patto si occuparono i giureconsulti Vindio, consigliere di Pio e console nel 138 d. C. (4), e Marcello, il quale ne parla nel libro dei *Digesti*, scritto sotto Pio (5) (fr. 7, § 18 h. t.).

Si vede adunque che l'origine di questo istituto nel diritto romano è assai incerta, nè le notizie pervenuteci ci permettono di seguirne compiutamente lo svolgimento: di certo sappiamo soltanto che già ai tempi di Antonino Pio la maggioranza dei creditori di una eredità oberata poteva stipulare coll'erede un patto per indurlo ad adire l'*hereditas damnosa*, al quale, intervenuta l'approvazione del magistrato, era vincolata anche la minoranza.

13. Data così la nozione e detto dell'origine del patto *ut minus solvatur*, penetrando più addentro alla sua natura, alla struttura che i rescritti imperiali, riferitici nella compilazione giustinianea,

---

(3) Menzione del patto si trova nei seguenti fr. del Digesto: fr. 7, §§ 17, 18 e 19, *de pactis*, 2, 14; — fr. 8, 9 e 10 h. t.; — fr. 58, § 1, *mand.*, 17, 1; — fr. 59, *de adm. tut.*, 26, 7; — fr. 3, § 1, *ad leg. Falcid.*, 35, 2; — fr. 54, § 1, *de manum test.*, 40, 4; — fr. 23, *quae in fraudem cred.*, 42, 8. — Quest'ultimo frammento parla di una *costituzione* imperiale che permette agli eredi di adire l'eredità " *ex consensu creditorum auctoritate praesidis provinciae ea condicione... ut creditoribus dumtaxat partem praestarent* „; la quale costituzione non è sicuramente che il rescritto di Marco Aurelio.

(4) **Kipp**, *Le fonti del diritto romano*, Trad. **Pacchioni**, Leipzig, 1897, pag. 74.

(5) **Kipp**, *Le fonti del diritto romano*, pag. 74.

gli diedero, ed alla funzione sociale a cui esso adempiva nel sistema del diritto romano, dobbiamo confessare, che quel patto, pur presentando nelle linee esterne della sua struttura giuridica una grande somiglianza col concordato, è pur tuttavia un istituto d'indole assai diversa, rispondente ad altre idee e ad altri bisogni.

Nel primitivo concetto romano, col subentrare dell'erede nella stessa condizione giuridica del defunto, non si effettuava un semplice trapasso patrimoniale: il trapasso del patrimonio era invece la *conseguenza* del trapasso della sovranità sulla *familia*, nel quale appunto consisteva la caratteristica della primitiva successione ereditaria. Il quale concetto presiedette a tutta la evoluzione ulteriore della eredità romana, che, anche in tempi più recenti, non fu mai il semplice acquisto di un patrimonio, ma consistette sempre nell'acquisto di un *titolo personale*, che alla sua volta era condizione necessaria e sufficiente per l'acquisto del patrimonio (6). Quale influenza dovette esercitare questa concezione dell'eredità sullo sviluppo di tutto il diritto successorio, è facile comprendere. Il succedere dell'erede *in ius*, cioè nei debiti del defunto, era connesso all'essenza stessa dell'eredità; e non fu per ciò che assai tardi, e solo nell'epoca giustinianea, che coll'istituto del beneficio d'inventario si diede un colpo mortale alla rigidezza di quel concetto primitivo.

Fra i varî istituti a cui il principio della *successio in ius* diede luogo, è appunto il *pactum ut minus solvatur*, i cui scopi, e il cui oggetto sono benissimo delineati nel seguente frammento di Scevola:

> Scevola, lib. 32, *digestorum;* fr. 23, *quae in fraudem credit.*, 42, 8: " Primo gradu scripti heredes, *cum animadverterent bona defuncti vix ad quartam partem aeris alieni sufficere, famae defuncti conservandae gratia* ex consensu creditorum auctoritate praesidis provinciae secundum constitutionem ea

(6) Questo concetto dell'eredità romana e delle sue origini, dovuto al **Bonfante**, che lo difese vigorosamente in molti scritti (*Bull. dell'istit. di dir. rom.*, III, pag. 97 e seg.; — VII, pag. 151 e seg.; — *La dottrina delle res mancipii*, Roma, 1889, II, pag. 320 e seg.; — *Istit. di dir. rom.*, Firenze, 1895, pag. 372 e seg.; — *Dir. rom.*, Firenze, 1900, pag. 438 e seg.) è oramai accolto dai romanisti più autorevoli: v. **Scialoia**, *Bull.*, II, pag. 176; — **Ferrini**, *Pandette*, Milano, 1900, num. 604 e seg.; — **Fadda**, *Lezioni sul diritto ereditario romano*, Napoli, 1900, I, pag. 27 e seg.

condicione adierunt hereditatem, ut creditoribus dumtaxat partem praestarent ..... „.

Vigendo il principio della *successio in ius,* l'erede di una eredità oberata non aveva altra via, per sottrarsi alle conseguenze perniciose della *confusio hereditaria,* che quella di *non adire,* o di *astenersi* dall'eredità: ma in tal caso i beni ereditarî erano venduti sotto il nome del defunto, il quale perciò restava soggetto alla *infamia.* In questa dura alternativa dovette nascere spontaneo nella pratica il pensiero di un rimedio che permettesse all'erede di assumere la qualità di erede senza sopportare le conseguenze dannose della *confusio.* Parve naturale adunque che l'erede venisse a patti coi creditori, per ottenere da questi la riduzione dei debiti del defunto entro i limiti dell'attivo ereditario, e così, assumendo la qualità di erede senza suo danno, risparmiare alla memoria del defunto l'infamia della *bonorum venditio.* Questo patto era pienamente conforme allo spirito del diritto romano, il quale in ogni modo e ad ogni costo cercava appunto di evitare al defunto l'infamia inerente a quella procedura: basti ricordare l'istituzione del servo erede necessario, mediante la quale era lecito al testatore emancipare il servo istituendolo erede, e sottraendo così, in frode ai creditori, e per eccezione al divieto della *lex Aelia Sentia,* all'attivo ereditario uno schiavo che poteva costituirne parte cospicua. Lo scopo e l'oggetto del *pactum ut minus solvatur* dimostrano adunque che esso sorse *come un mezzo col quale l'erede poteva, limitando le sue obbligazioni per i debiti del defunto all'ammontare dell'attivo ereditario, sottrarsi alle conseguenze perniciose della " successio in ius „ e così assumendo senza pericolo la qualità di erede, risparmiare alla memoria del defunto l'infamia della " bonorum venditio „.*

Tutto ciò dimostra che il principio della *successio in ius* costituisce la condizione d'esistenza del patto. L'introduzione del beneficio d'inventario, fatta da Giustiniano nel 531 (7), paralizzando la *successio in ius,* dovette rendere praticamente inutile il patto *ut minus solvatur*, giacchè l'erede, colla semplice compilazione dell'inventario e senza assenso dei creditori, poteva ridurre *intra vires* la sua responsabilità per i debiti ereditarî, assumendo così senza alcun pericolo la qualità di erede: ed è per un semplice fenomeno di

(7) L. 22, Cod. *de inst. et de ad. vel adq. her.,* 6, 30.

sopravvivenza che questo istituto si trova ancora nella compilazione giustinianea, la quale col beneficio d'inventario ha eliminato tutte le conseguenze perniciose della *successio in ius*.

L'origine e gli scopi del patto, e la sua relazione col principio della *successio in ius* che ne costituiva, come abbiam detto, la condizione di esistenza, ci dimostrano che ad esso non si riannoda direttamente il concordato odierno, ben diverso nella natura, negli scopi, nella funzione sociale che adempie. Morto colla introduzione del beneficio d'inventario, il *pactum ut minus solvatur* non risorge più, perchè non si ripetono le necessità sociali e giuridiche a cui esso provvedeva: resta solo l'involucro esterno della sua regolamentazione giuridica che, tramandato nei digesti, dovette, dopo molti e molti secoli, quando già la pratica e le leggi locali avevano conosciuto e regolato il concordato, servire alla dottrina del diritto comune per accogliere e disciplinare il nuovo istituto.

14. La natura e gli scopi del *pactum* spiegano altresì come fosse possibile che i dissenzienti fossero tenuti alla riduzione, quando il pretore avesse, con suo decreto, seguìto la volontà della maggior parte. Nel concordato odierno è la comunione indotta dalla dichiarazione di fallimento che spiega la obbligatorietà per tutti delle deliberazioni prese dalla maggioranza; lo vedremo e dimostreremo a lungo in seguito (8). Nel *pactum ut minus solvatur* non c'è comunione tra i *creditori*, perchè la *missio in possessionem* non è avvenuta ancora; ma l'adizione della eredità contro riduzione dei crediti nei limiti delle forze ereditarie, è, su parere della maggioranza, conceduta dal pretore. Come possa il pretore far ciò si comprende, quando si pensi che l'erede rifiutandosi di adire l'eredità, e i creditori non potendo domandare il soddisfacimento dei crediti che in confronto dell'eredità, il valore dei crediti è già, nel fatto, ridotto all'ammontare dell'attivo e ciascun creditore non può sperare se non il dividendo che darà la procedura della *bonorum venditio*. Il pretore non fa che constatare questa condizione di cose e determinare, in base al voto della maggioranza, il dividendo che si sarebbe ricavato dalla vendita dei beni: liquidato così anticipatamente il dividendo, la *confusio hereditaria* non pro-

(8) V. più oltre num. 76 e seg.

duce più effetti perniciosi per l'erede e questi può senz'altro adire l'eredità (9).

15. Malgrado le differenze che separano il *pactum ut minus solvatur* dal concordato odierno, poichè dalle norme disciplinanti quel patto si trassero molti dei principî che informano la disciplina giuridica del concordato, è interessante studiare alcuni punti della dottrina romanistica relativi all' accordo dell'erede di una eredità oberata, da cui derivarono direttamente le norme del diritto odierno sul calcolo della maggioranza e sulla condizione dei fideiussori e dei creditori privilegiati.

a) Nel calcolo della maggioranza, la prevalenza è data alla maggioranza di somma: solo a parità di somma, si preferisce il voto del maggior numero dei creditori. Quando la maggioranza non possa formarsi perchè sia pari la quantità dei creditori e il numero dei creditori dall'una e dall'altra parte, si segue il parere di quella dove si trova il creditore più autorevole per posizione sociale: e infine, ove manchi pure questo criterio, il pretore si atterrà alla *humanior sententia*, cioè ammetterà la riduzione dei crediti (10);

---

(9) Da questo obbligo imposto anche nel diritto romano alla minoranza di seguire la volontà della maggioranza, si è voluto dedurre un argomento a favore della dottrina che, nel diritto moderno, ricollega alla sentenza del giudice omologante l'accordo, l'obbligatorietà del concordato pei non assenzienti (**Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristichen Grundlagen*, Berlin, 1880, pag. 123 e seg.). — Contro questa opinione vivamente combattuta dalla dottrina italiana e tedesca (v. **Guariglia**, *Il concordato nel diritto italiano e straniero*, Napoli, 1892, pag. 153 e seg.; — **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs*, Berlin, 1891, pag. 31 e seg.) si può opporre anzitutto che non si può argomentare riguardo al moderno concordato da un istituto del diritto romano diverso e che soltanto sotto il più rigido impero della *successio in ius* poteva giustificarsi. — Si può aggiungere ancora che è impossibile far confronti tra la funzione del pretore romano e quella del giudice odierno per dedurre che questi può fare ciò che quegli faceva. A Roma il pretore creava, col suo editto, il *ius honorarium* ed aveva poteri quasi legislativi, mentre nel diritto odierno, attuato completamente il principio della separazione dei poteri, il giudice non ha e non può avere che una funzione meramente *dichiarativa del diritto vigente*.

(10) **Papinianus**, lib. 10, *Responsorum.*, fr. 8, *de pactis*, 2, 14: " Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. [Quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praeferendus est. In

b) Il credito appartenente in solido a più creditori si conta per un credito solo, e i varî creditori non hanno che un voto solo:

PAULUS, lib. 62, *ad Edictum;* fr. 9, princ., *de pactis*, 2, 14: " Si plures sint qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Ut puta plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est. Et cum tutores pupilli creditoris plures sunt rei stipulandi [vel plures argentarii quorum nomina simul facta sunt] unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant. Nec non et unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum praetendentium si convenerit, placuit unius loco esse. [Nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat]. Nam nec is, qui plures actiones habet [adversus

---

numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellit. Sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est]. Hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest ". Questo fr. di **Papiniano** è stato certamente molto rimaneggiato dai compilatori. Probabilmente tutta la parte segnata fra parentesi quadre è interpolata, come ce ne persuadono ragioni di sostanza e di forma. Infatti: 1° le ipotesi fatte di parità di somma, di numero, di dignità sono puramente scolastiche, e dovute evidentemente ai compilatori bizantini, desiderosi di prevedere nella nuova legislazione giustinianea, tutte le ipotesi possibili, anche le meno pratiche e verosimili. È assai difficile che simile idea sia venuta a **Papiniano**, e più difficile ancora che **Papiniano** abbia formulato tutte queste ipotesi teoriche in un libro come quello dei *responsi*, che non era un trattato dogmatico, ma la risoluzione di una serie di casi pratici; 2° tutto il fr. è fra quelli che porta maggiori traccie formali dell'opera dei compilatori: *cumulus* nel senso di *riunione*, *insieme*, non è classico: nel senso suo proprio significa il *colmo*, il *sommo*, la *sommità:* solo Giustiniano l'adopera nel senso di *riunione*, *complesso*: v. **Gradenwitz**, *Interpolationen in den Pandekten*, nella *Zeitschr. der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, Römische Abtheilung, VII, pag. 75; — *sin autem*, antitesi abituale nei documenti legislativi giustinianei, così da essere divenuta caratteristica dello stile ufficiale della cancelleria imperiale: v. **Appleton**, *Des interpolations en droit romain*, Paris, 1895, pag. 39; — *in unam aequalitatem concurrant*, frase sospetta per l'uso dell'astratto e per il giro vizioso di pensiero che contiene. La interpolazione di tutta la seconda parte della l. 8 dalle parole *quod si* è segnalata da **Lenel**, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, Pap. 650 e da **Bonfante**, *Ist.*, § 132, pag. 289, nota. — Da ciò si può concludere che nel rescritto di Marco non si faceva che richiedere la maggioranza di somma e forse, ma in altra forma, quella di numero in caso di parità di somma (cfr. il fr. 9 princ., *h. t.*): tutte le altre regole sono opera dei compilatori.

eum, qui unam actionem habet,] plurium personarum loco accipitur § 1. [Cumulum debiti et ad plures summas referemus, si uni forte minutae summae centum aureorum debeantur, alii vero una summa aureorum quinquaginta; nam in hunc casum spectabimus summas plures, quae illae excedunt, in unam summam coadunatae] „.

Questo fr. è sicuramente guasto in più di un punto. A noi sembra esagerata l'affermazione del GRADENWITZ e del LENEL che tutta quanta la seconda parte del *principio* dalle parole *nec non* e tutto il § 1 siano interpolati (11). Che lo sia il § 1 lo riteniamo per sicuro, tante sono le traccie formali dello stile dei compilatori: in poche righe troviamo riunite le parole *cumulus, centum aureorum, coadunatae,* tutte già segnalate come sospette. Ma quanto al *principio* del fr. le alterazioni sono forse minori di quanto si sia creduto finora.

Il giureconsulto incomincia col porre la regola generale: più creditori aventi la stessa azione si contano per uno solo: e così più creditori solidali, o più argentari che abbiano contrattato insieme, valgono per uno solo, perchè il credito è unico. Quindi continua facendo l'ipotesi che i creditori che abbiano stipulato solidalmente siano i tutori di uno stesso pupillo, i quali abbiano insieme, mediante la *stipulatio*, novato il credito del pupillo; il giureconsulto giustamente decide che debbono contarsi per uno *quia unius pupilli nomine convenerant:* perchè il *pactum ut minus solvatur* da essi consentito lo è in nome di un solo pupillo. Questa ragione che si attaglia benissimo al caso di più tutori di un pupillo creditore, ma non riguarda affatto il caso dei *plures argentarii quorum nomina simul facta sunt*, ci fa sospettare che questa frase, nel periodo *et cum tutores et rel.* non appartenesse al testo del giureconsulto, ma vi si sia introdotta o per errore di un copista, che trovando la stessa frase poche righe più sopra preceduta dalle stesse parole, l'abbia per errore ripetuta, o per opera dei compilatori che, senza accorgersi che qui si trattava di una applicazione particolare della regola, abbiano creduto, per amore di completezza, opportuno, di ripetere di nuovo per intiero l'ipotesi. Ma, comunque

(11) **Gradenwitz**, *Interpolationen in den Pandekten*, pagg. 58 e seg., 62 e seg.; — **Lenel**, *Palingenesia*, Paul., 736.

sia di questa modificazione subìta dal testo e che non abbiamo finora trovato segnalata da alcuno, non ci sembra che la seconda parte del *principio* sia da ritenersi tutta, ed in blocco, interpolata. L'ipotesi che fa il giureconsulto è perfettamente corretta: è il caso inverso di quello già esaminato: là si trattava di più tutori rappresentanti un solo pupillo: qui si tratta invece di un solo tutore di più pupilli (per es.: figli di una stessa persona defunta); se i pupilli pretendono *unum debitum*, cioè siano creditori solidali, essi contano per un solo creditore. Fin qui nulla che non possa essere genuino: è solo nella frase seguente che si rivela la mano dei compilatori: questi non hanno capito che al tutore di più pupilli, nella ipotesi configurata, si attribuisce un solo voto per il fatto che i pupilli pretendono *unum debitum:* hanno creduto che il motivo del decidere fosse la circostanza che il tutore è uno ed hanno voluto esprimerlo colla proposizione altrettanto pretensiosa quanto falsa: *nam difficile est ut unus homo duorum vicem sustineat*, dove, anche dal punto di vista formale, il *nam*, che si trova ripetuto una riga più sotto, persuade che si tratta di una aggiunta che non si trovava nel testo genuino. Invece, se non tutta, certo in massima parte genuina si rivela la frase seguente: *nam nec is, qui plures actiones habet* [*adversus eum qui unam actionem habet*], *plurium personarum loco accipitur.* A parte la frase segnata tra parentesi, probabilmente non genuina per l'uso di *adversus* nel senso non classico di *in confronto, rispetto,* il resto non è sospettabile. L'Appleton afferma che questa parte del testo contradice a quanto è detto due righe più sopra: qui si parla di *più azioni spettanti* alla stessa persona, mentre prima si era detto che si tratta di un *unico debito* (12). Ma la contraddizione sparisce quando il testo sia interpretato esattamente. Se, come noi crediamo, la frase *nam nec is* deve ricollegarsi direttamente coll'altra *nec non et unus* ecc., tutto si spiega in modo assai facile: il tutore rappresentante di più pupilli *unum debitum praetendentium*, benchè possa agire in nome di ciascuno dei pupilli, ognuno dei quali ha diritto alla prestazione del *solidum*, non ha che un voto, perchè il credito, sebbene dia luogo a più azioni, è unico: infatti chiunque ha un diritto, per far valere il quale sono concesse più azioni (caso assai frequente nel diritto romano), conta sempre per uno. L'*aver più*

(12) **Appleton,** *Des interpolations en droit romain*, pag. 230.

azioni non significa *aver più crediti,* dice giustamente il giureconsulto, e quindi la contraddizione, che si pretende riscontrare nel testo, non esiste.

Ad ogni modo, anche così ridotti, gli emblemi segnalati bastano a dissipare un dubbio che la lettura del fr., quale lo riferisce la compilazione giustinianea, avrebbe potuto far sorgere: il dubbio cioè che, il fatto che una sola persona rappresentasse più creditori, facesse contare come uno solo i crediti di questi creditori. Ma veduto che la frase: *nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat* è un emblema inutile ed inconcludente, il dubbio non ha più ragion d'essere e resta confermato che anche nel diritto giustinianeo, ma specialmente nel diritto classico, quando cioè il *pactum ut minus solvatur* nacque ed ebbe ragion d'essere, non era vero affatto, come non è vero oggi, che il rappresentante di più creditori titolari di crediti diversi avesse, nella deliberazione del *pactum*, un voto soltanto.

16. *c)* La condizione giuridica del fideiussore il quale garantisce un debito ereditario, dopo la conclusione del patto, è disciplinata dal fr. 58, § 1, *mandati*, 17, 1 (13). In questo fr. Paolo tratta la questione se, quando l'eredità è stata adita dopo riduzione dei debiti avvenuta per decreto del pretore col consenso della maggioranza dei creditori, il *mandator pecuniae credendae* possa valersi della riduzione come il debitore principale. Se il creditore, a garanzia del quale è intervenuto il *mandator*, era pre-

---

(13) **Paulus**, lib. IV, *quaestionum;* fr. 58, § 1, *mand.*, 17, 1: " Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit, deinde, defuncto debitore, maiore parte creditorum consentiente, a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore apud quem mandator exstiterat: quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem quam heres debitoris. Respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, pactus videtur iusta ex causa eaque exceptio et fideiussori danda esset, et mandatori. Sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem (sicut pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris. Nec enim si quis summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est. Plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est: sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem ".

sente alle trattative ed ha acconsentito alla rimessione, la questione è facilmente risoluta. Altrimenti invece sta la cosa, se quel creditore non era presente: in questo caso il suo diritto di scelta fra il rivolgersi contro il debitore o contro il *mandator* non può essergli tolto, come non lo può il pegno o il privilegio, perchè avrebbe potuto dissentire per rivolgersi poi contro il *mandator*. Infatti se lo si togliesse, cioè si accordasse al *mandator* la stessa *exceptio* che compete all'erede del debitore, non questi ne profitterebbe, ma il *mandator*, il quale, mentre non pagherebbe più l'intero, otterrebbe il rimborso della percentuale pagata dall'erede. E conclude il giureconsulto: solo nel caso in cui il creditore abbia liberamente riscosso dallo stesso debitore ciò che questi doveva pagare in conformità della decisione della maggioranza, non può più richiedere al *mandator* il rimanente, perchè da quell'atto del creditore si deve dedurre che egli abbia posteriormente voluto acconsentire al contratto remissorio. Così Paolo, le cui spiegazioni conducono ad affermare i seguenti principî, circa la condizione giuridica del *mandator*:

α) se il creditore stesso ha acconsentito alla rimessione sia dal principio, sia in seguito, gli si può opporre tanto dal *mandator*, quanto dal debitore principale, l'*exceptio pacti;*

β) se il creditore ha preferito valersi del suo diritto di rivolgersi contro il *mandator*, questo gli resta, malgrado il contratto remissorio concluso dalla maggioranza: col suo dissenso egli ha manifestato la volontà di mantenere intatto il suo diritto contro il *mandator*;

γ) se il creditore non era presente affatto alle trattative, egli viene riguardato come uno che ha dissentito; vale a dire, gli si opporrà l'*exceptio pacti* bensì dal debitore, ma non dal *mandator* (14).

Ciò che fin qui si è detto del *mandator*, vale anche per il *fideiussor*, la cui menzione per altro nel testo di Paolo, si può sospettare se sia genuina.

17. *d)* Più difficile e disputata è la questione della condizione

(14) Cfr. **Vangerow**, *Lehrbuch der Pandekten*, Marburg und Leipzig, 1876 (7ª ed.), III, pag. 171 e seg.; dalla cui interpretazione del fr. 58 però dissentiamo.

fatta ai creditori privilegiati dal patto stipulato colla maggioranza. Dei creditori privilegiati si occupa il fr. 10 *de pactis*, 2, 14 e il fr. 58, § 1 citato *mand.*, 17, 1. Il fr. 58, come abbiamo veduto, paragona il caso, che una obbligazione sia fornita di una garanzia personale, al caso che il creditore abbia un diritto di pegno o un privilegio e stabilisce il principio che il diritto del creditore assente di agire contro il garante si può negare così poco quanto il mantenimento del diritto di pegno o del privilegio: " Sed cum proponas eum [*scil.* creditorem] afuisse, iniquum est auferri ei electionem (sicut pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris ". Ma, almeno quanto al privilegio, questo fr. è contradetto formalmente dal fr. 10 pr., *de pactis*, per cui anche il creditore privilegiato deve essere sottoposto all'accordo di maggioranza, e quindi, malgrado il suo privilegio, può pretendere dal debitore solo la parte non rimessa:

> Ulpianus, libro IV, *ad Edictum;* fr. 10 pr., *de pactis*, 2, 14: " Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum praesentium absentes sequi debeant? Sed an et [privilegiariis] absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur: si modo valet pactio et contra absentes. [Et repeto ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse fiscum quoque in his casibus in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Haec enim omnia, in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt "].

I tentativi di conciliazione dei due testi sono stati molti. Si è detto da alcuni che Ulpiano in quest'ultimo passo spiega solo il diritto anteriore a Marco, mentre Paolo nel fr. 58, § 1, *mandati*, si riferisce al diritto più recente mutato per il rescritto di Marco: cosicchè la legge 10, *de pactis*, dovrebbe essere riguardata come un semplice frammento storico (15). Ma — come osserva ottima-

---

(15) **Cuiacio** in lib. IV, *Quaest. Paul.*, ad l. 58 cit. (in *Opera omnia*, V, pag. 987); — **Unterholtzner**, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von der Schuldverhältnissen*, Leipzig, 1840, I, pag. 496.

mente il VANGEROW — dal fr. 10 *de pactis*, appare in modo sufficientemente certo che ULPIANO, mentre riporta il contenuto del rescritto di Pio, non ha l'idea di fare un pezzo di storia del diritto, ma è invece di opinione che quel rescritto di Pio, anche dopo le innovazioni introdotte da Marco, sia del tutto applicabile (16). E noi aggiungiamo che non si comprenderebbe perchè ULPIANO, dopo aver fatto un brano di storia, abbia aggiunto, con evidentissima intenzione di enunciare una norma di diritto vigente: „ *Haec enim omnia, in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt* „. Altri, dando la prevalenza al fr. 10 *de pactis,* spiega l'allusione fatta, nel fr. 58 *mandati,* al *privilegium,* affermando che nel fr. 58 per *privilegium* si deve intendere o un *privilegium pignoris* o una *ipoteca legale* (17). Altri ancora spiega il fr. 58 nel senso che ai creditori privilegiati rimanga il loro privilegio solo riguardo alla somma *ridotta* (18). Altri infine dà la prevalenza al fr. 10 *de pactis,* per la ragione che in esso la questione è trattata *ex-professo,* mentre nel fr. 58, *mand.* lo è in modo affatto secondario ed occasionale (19).

Noi siamo convinti che pel diritto giustinianeo la soluzione è quella del fr. 10, *de pactis;* e ci sembra troppo recisa l'affermazione dogmatica di qualche autore (20) che il patto non leghi i creditori privilegiati. Il fr. 10 è troppo esplicito e chi studia il *Corpus iuris* come legislazione positiva non può, sia pure sforzando o restringendo il senso dell'allusione contradittoria del fr. 58, negare prevalenza alla norma del fr. 10. E la critica dei testi ci dimostra appunto che il principio giustinianeo è nel fr. 10, *de pactis,* e che il fr. 58 *mandati,* sfuggito ai compilatori, si riferisce esclusivamente al diritto classico. Mentre infatti il fr. 58 sembra genuino (salvo forse la menzione del *fideiussor* che — come dicemmo — può ritenersi emblematica), nel fr. 10 sono nume-

---

(16) **Vangerow**, *Lehrbuch der Pandekten*, III, pag. 174.

(17) Questa interpretazione che si trova già presso i Greci, *Schol. ad Basilic.*, XIV, 1, fr. 58, in **Heimbach**, *Basilica*, Leipzig, 1833, II, pag. 139, fu accolta anche dalla **Glossa**, ad ll. 10, *de pactis* e 58 *mand.*

(18) V. **Schulting**, *Notae ad Digesta*, ad l. 10, cit. I, pag. 342; — **Puchta**, *Pandekten*, § 297.

(19) **Vangerow**, *Lehrbuch der Pandekten*, III, pag. 174.

(20) Per esempio, **Baron**, *Pandekten*, 9ª ed., Leipzig, 1896, § 268.

rose e visibili le traccie dell'opera dei compilatori. Tutta la seconda parte del fr. 10 *princ.*, a cominciare dalle parole: *et repeto*, fino al § 1, è stata completamente rimaneggiata dalla Commissione giustinianea. Ne persuadono le osservazioni seguenti: 1° nel rescritto di Antonino Pio non si poteva far menzione dell'ipoteca legale del fisco, la quale non data che da Caracalla (21); 2° la frase *in his casibus*, *in quibus* è della bassa latinità e difficilmente un giureconsulto dell'epoca classica l'avrebbe adoperata (22); 3° non si comprende perchè, volendo pareggiare la condizione dei privilegiati a quella degli altri creditori, il giureconsulto abbia detto: " fiscum quoque, in his casibus, in quibus hypothecas non habet, *et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere* ", cioè che i creditori privilegiati (oltre al fisco) debbono *seguir l'esempio dei creditori*, quasi che i privilegiati non fossero anch'essi creditori! 4° Nessun nesso esiste tra la prima parte del fr. 10 princ. dove è posta la questione: e la seconda parte dove è risolta. Il giureconsulto comincia col domandarsi se gli assenti debbano seguir l'esempio dei presenti: poi lascia insoluta questa questione, per risolvere l'altra, se i privilegiati siano anch'essi tenuti al patto. Così poca continuità logica non era possibile in un giureconsulto classico. Tutto dunque induce a credere che Ulpiano nel fr. 10 non si occupava dei privilegiati e risolveva solo la questione, se anche gli assenti fossero tenuti al patto, citando il rescritto di Antonino Pio. I compilatori invece, avendo voluto stabilire che anche i privilegiati debbono essere obbligati al patto stipulato dalla maggioranza, non hanno trovato di meglio — come era loro costume — che di innestare la decisione in un'altra questione trattata dal giureconsulto classico, fedeli al principio di cambiare il meno possibile la forma, pur mutando, dove era necessario, la sostanza. Essi cominciarono perciò dove il giureconsulto diceva: " Sed an et absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur " ad aggiungere la parola *privilegiariis*, con che portavano la questione nel campo voluto: per poi sostituire alle parole probabilmente contenute nel testo genuino " et repeto, ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse ceteros *creditores* exemplum *praesentium* sequi oportere "

(21) **Vangerow**, *Pandekten*, I, pag. 876; — **Appleton**, *Des interpolations en droit romain*, pag. 106.

(22) **Gradenwitz**, *Interpolationen in den Pandetken*, pag. 88.

la frase: " et repeto, ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse *fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet,* et ceteros *privilegiarios* exemplum *creditorum* sequi oportere " et rel. (23).

Ed era logico nel diritto classico, che i creditori pignoratizi e privilegiati fossero esclusi dagli effetti del patto: la natura e gli scopi del patto quali noi abbiamo cercato di precisare, lo esigevano, perchè il pegno o il privilegio, assicurando il pagamento del credito, escludono il creditore dall'alea del dividendo e rendono iniquo e arbitrario il privarlo di una parte del credito. Solo per i creditori chirografari è vero che il valore del loro credito è ridotto al dividendo che si potrà ricavare dall'attivo ereditario, quando l'eredità non viene adita. Per i pignoratizi e privilegiati, il pegno o il privilegio assicurando loro il pagamento con preferenza, o il loro credito non subirà riduzioni, o se la subirà, sarà in grado molto minore dei creditori chirografari. Queste considerazioni di logica giuridica non sembrarono sufficienti ai compilatori, che credettero trovare equo assicurare l'eguaglianza fra tutti i creditori, compresi i privilegiari. Ma il principio classico, logico e giusto ad un tempo, doveva finire per trionfare, ed è infatti quello che le legislazioni moderne accolgono senza contrasto.

18. Queste, per somme linee, le caratteristiche del patto *ut minus solvatur* stipulato dall'erede di una eredità oberata colla maggioranza dei creditori. Il quale, benchè sôrto sotto il regime più rigido della *successio in ius* e morto col beneficio d'inventario, che la *successio in ius* praticamente annullava, ha pure importanza grandissima per la storia del concordato, sia per la somiglianza nella struttura esterna (obbligatorietà per la minoranza, disciplina della maggioranza, intervento del magistrato), sia perchè fu il punto di partenza, che permise alla dottrina del diritto comune di accogliere il nostro istituto, che altre idee ed altri bisogni avevano creato e che la legislazione degli statuti aveva già elaborato da qualche secolo (24).

(23) L'interpolazione già segnalata da **Fabro**, *Rationalia in Pandectas*, ad. l. 10, *de pactis*, 14, 2 (Lugduni, 1659, I, pag. 181), fu rilevata anche da **Gradenwitz**, *Interpolationen*, pag. 88 e seg.

(24) Poca importanza per la storia del concordato ha la Const. 8, *qui bonis*

cedere possunt, Cod. 7, 71, che disciplina le condizioni per la concessione delle moratorie: ***induciae quinquennales***. Trattandosi di un beneficio, la cui concessione era riservata all'imperatore, si è più nel campo della *moratoria* che del *concordato*. Ecco la costituzione: " Cum solito more a nostra Maiestate petitur, ut ad miserabile cessionis bonorum homines veniant auxilium, et electio detur creditoribus, vel quinquennale spatium ei indulgere, vel bonorum accipere cessionem, salva eorum videlicet exstimatione et omni corporali cruciatu remoto, quotidie dubitabatur: si quidam ex creditoribus voluerint quinquennales dare inducias, alii autem iam nunc cessionem accipere velint, qui audiendi sint? In tali itaque dubitatione nemini putamus esse ambiguum, quod sentimus, et quod humaniorem sententiam pro duriore eligimus et sancimus, id est vel ex cumulo debiti, vel ex numero creditorum causa iudicetur. Et si quidem unus creditor aliis omnibus gravior in summa debiti inveniatur, ut omnibus in unum coadunatis, et debitis eorum computatis, ipse alios antecellat: ipsius sententia obtineat, sive indulgere tempus, sive cessionem accipere desiderat. Si vero plures quidem sint creditores, ex diversis autem quantitatibus: etiam nunc amplior debiti cumulus minori summae praeferatur, sive par, sive discrepans numerus est creditorum: cum non ex frequentissimo ordine foeneratorum, sed ex quantitate debiti causa trutinetur. Pari autem quantitate debiti inventa, dispari vero creditorum numero, tunc amplior pars creditorum obtineat: ita ut, quod pluribus placeat, hoc statuatur. Sin vero undique aequalitas emergat tam debiti, quam numeri creditorum, tunc eos anteponi, qui ad humaniorem declinant sententiam, non cessionem exigentes seu inducias. Nulla quidem differentia inter hypothecarios et alios creditores, quantum ad hanc electionem observanda: in rebus autem officio iudicis partiendis, suam vim singulis creditoribus habentibus, quam eis legum praestabit regula. Nullo praeiudicio creditorum cuiquam ex quinquennii dilatione circa temporalem praescriptionem generando ". Cfr. su questa moratoria: **Maynz**, *Cours de droit romain*, 4ª ed., Bruxelles 1877, II, pag. 614; — **Arndts-Serafini**, *Pandette*, II (3ª ed.), Bologna, 1880, § 223; — **Schweppe**, *System des Concurses der Glaübiger*, Göttingen, 1829, § 13, pag. 30; — **Puchta**, *Ueber den Konkursprozess*, Erlangen, 1827, § 101, pag. 217; — **Fuchs**, *Das Konkursversfahren*, Marburg, 1863; § 14, pag. 77; — **Baron**, *Pandekten*, § 228, *sub* III; — **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs*, Berlin, 1891, pag. 33.

CAPITOLO II.

L'epoca medievale.

§ 1. — Il concordato nella legislazione statutaria delle città italiane.

Sommario: 19. Origine del concordato dalla consuetudine. — 20. Ragioni della consuetudine. — 21. Questa consuetudine è riconosciuta e disciplinata dagli statuti municipali. — 22. Disciplina giuridica del concordato nella legislazione statutaria. — 23. La legislazione statutaria e il concordato preventivo.

19. Gli istituti che il diritto romano aveva conosciuto e regolava: il *pactum ut minus solvatur* e le *induciae quinquennales* concedute dal Principe sul voto della maggioranza dei creditori, sebbene diversi per natura e per scopi dal concordato, avrebbero tuttavia potuto costituire il punto d'appoggio per la elaborazione del nostro istituto da parte della dottrina e della giurisprudenza. Ciò però non avvenne che assai tardi: anzichè precorrere, e preparare la legislazione, in questo punto la scienza fu costretta a seguirla. E perciò, mentre troviamo notizie del concordato fin negli statuti del secolo XIII, non è che due secoli circa più tardi che la scienza sembra accorgersi di questo istituto già maturato nelle consuetudini e nelle leggi municipali e timidamente incomincia a farne parola; ma non prima del secolo XVI lo riconosce come un mezzo normale per evitare o far cessare il fallimento.

20. Il concordato dunque sorse dalla consuetudine e trovò riconoscimento legislativo negli statuti delle città italiane. Il formarsi di quella consuetudine non fu possibile che nel secolo XIII, quando al diritto di sequestro della persona e dei beni del debitore fatto dal creditore di sua privata autorità, che fu l'unico procedimento esecutivo conosciuto dalle legislazioni barbariche e feudali (1),

(1) **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, I, pag. 48 e seg.; — **Seuffert**, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts*, Nördlingen, 1888, pag. 50 e seg.

si sostituì una procedura collettiva comprendente in una liquidazione comune la totalità dei beni del debitore (2). Solo allora i creditori, riuniti in una sorte comune di fronte all'insolvenza del debitore, ebbero interesse a trattare collettivamente con lui: solo allora una deliberazione di maggioranza della comunione creditoria fu possibile (3). E tutto spingeva i creditori a venire a patti col fallito. Il trattamento severo fatto ai bancarottieri, esclusi da ogni ufficio, macchiati d'infamia, puniti col carcere e colla morte e in ogni modo arrestati appena dichiarato il fallimento (4) rendeva frequentissime le fughe agevolate dalla facilità colla quale il fallito poteva, nei Comuni vicini, trovare un asilo tranquillo e sicuro, al coperto delle minaccie dei creditori. E, poichè bene spesso il fallito fuggendo, trafugava quanto più gli era possibile del suo attivo, il disastro dei creditori era non di rado completo. Per evitare queste fughe, o per attenuarne le conseguenze disastrose, i creditori erano interessati a mitigare essi stessi gli eccessivi rigori della legge, venendo a patti col debitore, e permettendogli la ripresa degli affari. Rimesso alla testa del suo commercio, il fallito poteva continuare gli affari e pagare ai creditori una percentuale maggiore di quello che avrebbe dato una liquidazione disastrosa. Ed è perciò che gli statuti nel disciplinare il concordato, lo considerarono come un istituto vantaggioso anche pei creditori (5).

21. Che la pratica consuetudinaria del concordato abbia preceduto il suo riconoscimento e la sua regolamentazione da parte degli

---

(2) La più antica legislazione, in cui sia regolata con norme precise la procedura collettiva di concorso è quella della Repubblica Veneta, che risale al secolo XIII: negli statuti dei giudici del Petizion (a. 1244) si commette a questa nuova magistratura l'arresto dei falliti, il sequestro e la vendita dei loro beni; — **Lattes**, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, pagg. 309 e 312, nota 2; — **Fuchs**, *Das Concursverfahren*, Marburg, 1863, pag. 20. — Nel 1290 la giurisdizione dei fallimenti passa ai *sopraconsoli:* v. **Fuchs**, *Das Concursverfahren*, pag. 20, testo e nota 2; — **Lattes**, *Il dir. comm.*, pag. 316, nota 2.

(3) **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 60.

(4) **Lattes**, *Il diritto commerciale*, pag. 317 e seg.; — 322 e seg.; — **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 60, nota 1.

(5) Statuti di Firenze del 1415, rub. 13, pag. 539: *de observandis fidantiis et securitatibus datis vel dandis debitoribus cessantibus et fugitivis:* " Pro favore et commodo creditorum mercatorum cessantium et fugitivorum, ad hec, ut sta-

statuti, ci è attestato dallo Statuto di Pistoia del 1295, nel quale si dichiara nullo il concordato consentito dalla maggioranza (6). Ma, a poco a poco, vinte le prime riluttanze, tutti gli statuti accolsero e disciplinarono il nuovo istituto, le cui origini pertanto debbono assegnarsi appunto alla legislazione statutaria delle città italiane. Alla quale spetta perciò il merito di aver creato un istituto, che non solo ha dato un nuovo impulso allo svolgimento della procedura concursuale, ma ha fatto penetrare le idee di composizione e di fiducia in una istituzione, come quella del fallimento, già ispirata a sentimenti di odio e di vendetta (7). Alla fine del secolo XIV noi troviamo il concordato accolto e regolato negli Statuti di Venezia (8), di Monza (9),

tuta, quae sunt in eorum favorem, non retorqueantur in incommodum ipsorum, et eorum praesentiam habere possint dicti creditores pro inveniendis et recuperandis bonis et iuribus hujusmodi cessantium et pro creditis melius et tutius consequendis, statutum est etc. „.

(6) Statuto di Pistoia del 1295, lib. II, cap. LXXI: *Quod creditor non teneatur remittere debitori partem aliquam debiti* (in **Zdekauer**, *Statutum Potestatis communis Pistorii*, Siena, 1888): " Ordinamus quod si aliquis de civitate Pistorii vel districtu de cetero recesserit vel olim recessit occasione alicuius debiti quod fecisset, ita quod ad mandatum Potestatis non sit creditor vel creditores vel creditrix non cogatur a Potestate vel aliis Officialibus remittere certam partem debiti remictendi, licet maior pars creditorum, pro cumulo debiti vel personarum, remittere certam partem debiti vel vellet pacisci de certa parte debiti remictenda. Et si aliquis creditor vel creditrix faceret aliquod pactum tali debitori, ut supra dictum est, de certa parte debiti remictenda, vel remictere certam partem debiti ei, illud pactum vel remissio non noceat creditori vel creditrici, quominus totum debitum petere possit. Et Potestas et alii Offitiales teneantur sacramento solvi facere totum ipsum debitum, non obstante pacto vel tali remissione. Ed hoc habeat locum in omnibus debitoribus qui nondum composuerunt „ (cioè non si dava effetto retroattivo alla nullità).

(7) V. **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 60, il quale rilevando la importanza storica dell'ingresso del concordato nel mondo delle istituzioni giuridiche, conclude che per il nuovo spirito penetrato con esso nella procedura di esecuzione " il tient honorablement sa place à côté des plus belles réformes dont la philosophie stoïcienne et le christianisme aient doté le droit des anciens „.

(8) *Statuti dei giudici del Petizion* del 1244 in *Statuta veneta*, Venezia, 1729, pag. 121 *t*; — leggi del 1395, *Stat. ven.*, pag. 140 *t*; — Cons. del 27 marzo 1395 del maggior Consiglio di Venezia: Cons. ex auth., num. 33 in *Leggi venete*, Venezia, 1697, pagg. 165 e 166.

(9) *Statuta communitatis mercatorum Modoetiae*, ms. (cit. da **Lattes**, *Il diritto comm.*, pag. 347, nota 2).

di Cremona (10), di Piacenza (11), di Milano (12), di Firenze (13), di Genova (14): e nei secoli XV e XVI non c'è statuto importante che non vi dedichi qualche disposizione.

22. Tolte le differenze secondarie da luogo a luogo, la disciplina giuridica del nostro istituto era la seguente. Il concordato era facilitato e favorito in tutti i modi: si faceva obbligo ai magistrati che presiedevano alla procedura di procurarne con ogni studio la conclusione (15): si concedevano al fallito salvacondotti o *fide*, mediante i quali gli si permetteva di tornare in patria e gli si restituivano i beni, affinchè potesse accordarsi coi creditori (16).

---

(10) *Statuta civitatis Cremonae* [del 1388], Cremona, 1578, num. 369.

(11) *Statuta antiqua mercatorum Placentiae* in *Statuta varia civitatis Placentiae*, Parma, 1860, rub. 29.

(12) *Statuti civili* del 1396: VII, num. 61 (citati da **Lattes**, *Il diritto commerciale*, pag. 348, nota 4).

(13) *Statuta populi et communis Florentiae* [del 1415] Friburgi apud Michaelem Kuch, che evidentemente riproducono disposizioni di statuti più antichi (v. infatti uno stat. merc.: ms. cit. da **Lattes**, *Il diritto comm.*, pag. 348, nota 5), rub. 6, pag. 528.

(14) *Statuti della colonia Genovese di Pera*. Torino, 1871, II, rub. 45 (del 1316).

(15) *Cons. del Maggior Consiglio* del 28 marzo 1395, cons. ex auth., num. 33, *Leggi venete*, pagg. 165 e 166: " Et se questo farà [cioè presenterà il bilancio e consegnerà i suoi beni ai sopraconsoli] all'hora quello tal fugitivo (il qual se dee considerare esser fuggido per sola impossibilità et non fraudolentemente nè fittamente per usurpare i beni alieni) affidarsi debbia secondo l'usanza per un mese immediate seguente. Infra il qual mese l'habbia libertà di potersi concordare con i soi creditori al meglio chel potrà. Et sia commesso ai zudesi sopraconsoli, in man di quali sarà tutta la condition de tal fugitivo, *che i debbian procurare, trattare et seguir modo a tutto suo podere de metter quello in accordio con ditti soi creditori* per quello modo et con quelli patti, termini, et conditione, i quali e le quale pareran rasonevole et honeste per l'una et per l'altra parte ". Cf. anche **Guariglia**, *Il concordato*, pag. 61; — **Fuchs**, *Das Concursverfahren*, pag. 83, testo e nota 1.

(16) V. *Cons. del Maggior Consiglio* cit. alla nota 15; — *Corretion del Barbarigo*, cap. III, *Leggi venete*, pag. 179: " Procedettero li mazori nostri studiosi del ben universal per sublevatione et remedio de quelli che sono percossi dalla fortuna, quali se ritrouano gravadi de debiti che auessero ricorso all'officio di sopraconsoli, dove potessero esser fidati, et successive accordati in anni do, cioè ogni otto mesi la terza parte, acciò con qualche habilità et comodità potessero satisfar ai loro creditori... ". Ma sembra che i debitori abusassero di questo benefizio, in due modi: o facendo trascorrere il primo termine della fida (che prima era di due mesi e di quattro pei fuggitivi) senza

E per impedire che di questa agevolezza si abusasse, si stabiliva generalmente un termine, entro il quale doveva concludersi il concordato (17).

L'ingerenza dell'autorità nella conclusione del concordato era sancita dovunque: giacchè in ogni città la giurisdizione sui fallimenti era affidata ad una speciale magistratura. Dove era prescritta una regolare convocazione dei creditori questa doveva avvenire davanti al magistrato (18): dove una regolare convocazione non

---

farsela rinnovare, e poi chiedendo dopo molto tempo la rinnovazione; o, venuto il tempo di pagar la prima rata, dandosi *iterum per aggravati*. V. *Corretion del Barbarigo*, cap. 1, 3 e 4. Non si potevano affidare che gli abitanti di Venezia per 3 anni: *Decreto del Maggior Consiglio*, 15 aprile 1457, in *Decreta veneta*, pag. 20. Ai forestieri si poteva dar salvacondotto o fida solo nella persona e non nei beni: *Decreto del Maggior Consiglio*, 24 agosto 1516, *Decreta veneta*, pag. 20. — A Bologna il salvacondotto o *Fidanza* non poteva essere accordato senza consentimento della maggioranza dei creditori: *Statuti dei mercanti di Bologna* del 1509, Bologna, 1611, pag. 107. Lo scopo della fida era sempre di dar modo al fuggitivo di accordarsi coi creditori: *Statuta Patavina antiqua et reformata* (del 1420), Patavii, 1682, fol. 156: " Dominus potestas Paduae ex officio suo (etiam nullis requisitis creditoribus) possit affidare omnes et singulos debitores fugitivos et salvum conductum facere cuilibet debitori fugitivo sub termino unius mensis, vel duorum etiam mensium et plus si voluerit. Et ut debitor ille fugitivus tute Paduam et in Paduano districtu reverti et morari possit et *concordiam tractare et pacisci cum creditoribus suis*, ita tamen quod prius dati sunt (ut dictum est supra) curatores bonis suis, et quod facta sit descriptio et inventarium bonorum eius integre et quod consignata sint bona ipsa penes curatorem seu curatores datos ". V. anche gli Statuti citati da **Lattes**, *Il diritto comm.*, pag. 335, nota 18.

(17) Un mese a Venezia (Consulto del Maggior Consiglio del 1375 cit.) — due mesi a Brescia (*Statuti della mercanzia di Brescia* del 1429. Brescia, 1778, rub. 102, pag. 366) — due mesi a Milano (secondo lo Statuto del 1376, rub. 58: tre mesi secondo le *Constitutiones dominii Mediolanensis* del 1541, Milano, 1764, pag. 358) — un anno a Bologna (*Statuti dell'Università dei mercanti di Bologna* del 1509, Bologna, 1611, rub. 52) ecc.; — **Lattes**, *Il diritto comm.*, pag. 347, nota 1; — **Guariglia**, *Il concordato*, pag. 66.

(18) *Statuta civitatis Brixiae* (del 1475), Brixiae, 1567, pag. 142, *de iudiciis:* " Aliqua persona, cuiusvis civitatis, status et conditionis existat, quae de coetero voluerit petere aliquas inducias, teneatur et debeat producere coram domino Potestate seu Iusdicente domini Potestatis et communis Brixiae, a quo dictas inducias petere voluerit, omnes et singulos eius creditores cum summis pecuniarum seu rerum, quas unicuique eorum debebit et iurare (manibus corporaliter tactis scripturis) quod sunt veri eius creditores et quod inducias non petit dolo nec calumnia nec in fraudem creditorum suorum, seu alicuius eorum.

era richiesta, dovevano i creditori dare il loro voto davanti all'autorità preposta alla procedura di fallimento (19).

Per la conclusione del concordato bastava l'adesione della maggioranza dei creditori. Qualche volta si richiedeva la semplice maggioranza di numero (20), più spesso la maggioranza di somma (21),

---

Deinde citari facere ipsos creditores specialiter ad hoc, personaliter vel ad habitationem in scriptis per unam diem ante, cum termino unius diei ad comparendum.... „ (Questo statuto è riferito con qualche inesattezza da **Guariglia**, *Concordato*, pag. 70, nota 2). Lo stesso era a Milano: *Constitutiones dominii Mediolanensis* del 1541, lib. II, *de salvis conductibus:* " modo tamen praemissi creditores et debitor *coram iudice ordinario citatis reliquis creditoribus* iureiurando adfirmaverint ipsam conventionem non fecisse nec facere per malitiam neque dolum nec in fraudem alicuius nec iuris alicuius personae, sed gratia iura sua consequendi... „. V. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 71, nota; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 447, nota 4.

(19) *Statuta Patavina antiqua et reformata* (del 1420), Patavii, 1682: *de fugitivis*, pag. 157: " Creditor quilibet volens facere pactum debitori suo fugitivo *debeat comparire coram domino Potestate Paduae vel vicario suo* et dicere ac scribi facere ad discum sigilli, qualiter talis fugitivus est debitor suus in tanta quantitate, et quod est contentus facere sibi pacta et terminos tales ad solvendum „.

(20) *Deliberazione del Consiglio della quarantìa di Venezia* del 28 aprile 1441. *Decr. ven.*, pag. 166: " Deliberano che si come i sopraconsoli et consoli concordano tali asportatori per fuga volendo la mità di creditori, così per l'avvegnire niun di preditti possa asser accordado, se oltra i do terzi di uerissimi et approbatissimi creditori non uoran, et se sottoscriueran ne i patti domandati „.

(21) *Statuta Patavina antiqua et reformata* (del 1420), Patavii, 1782, *de fugitivis*, pag. 157: " Non debeat neque possit dominus Potestas Paduae, seu aliquis eius iusdicens, vel Officialis in Padua vel in Paduano districtu constitutus, contra voluntatem alicuius creditorum sententiare aut pactum vel terminum aliquem facere alicui debitori fugitivo aut modo aliquo impedire quod aliquis creditor, finito termino salviconducti, non consequatur ius suum contra debitorem suum fugitivum, *nisi quantum et prout sponte et expresse consentiant et pacti erunt ipsius fugitivi creditores omnes vel ex quatuor ad minus tres partes eorum, habito semper respectu ad quantitatem denariorum* et non ad quantitatem personarum habere debentium „. — *Statuta Ferrariae* (del 1566), Ferrara, 1624, lib. II, cap. 133, pag. 112: " Ne creditores malitia et calliditate debitorum fraudentur, statuimus et ordinamus quod si quis impetraverit et impetrare voluerit cessionem bonorum aut inducias quinquennales, vel alicuius alterius temporis, eas possit obtinere accedente consensu omnium creditorum. Si vero aliquis ex creditoribus contradixerit, tunc sequatur consensus *maioris partis creditorum quoad cumulum crediti*, seu coniunctim seu divisim „. — *Statutorum civilium reipublicae Genuensis nuper reformatorum libri sex* [del 1589], Genuae, 1689,

o la duplice maggioranza di numero e di somma (22). Era lasciato generalmente libero ai creditori di consentire dilazioni o remissioni, o le une e le altre insieme, e di regolare come meglio credessero i loro rapporti ulteriori (23). In qualche statuto era solo prescritto il tempo massimo entro il quale poteva stipularsi la completa esecuzione del concordato (24). L'intervento del magistrato era neces-

---

lib. IV, cap. VII, *de decoctis*, pag. 129 e seg.: " Si creditores alicuius rupti convenerint cum eo et accordium firmaverint et *concurrant septem octavae partes creditorum,* reliqua octava possit per magistratum includi in dicto accordio: quo casu pars inclusa censeatur ac si cum aliis consensisset et *parte creditorum intelligatur semper de quantitate crediti et habito respectu ad quantitatem* crediti, non *autem ad numerum creditorum* ".

(22) *Statuti dell'Università dei mercanti di Bologna* [del 1509]. Bologna, 1611, rub.: *come se intenda la magiore parte*, pag. 107: " et facia la magiore parte di creditori lo cumulo de li creditori in somma o il numero de le persone: si che solamente non per la magiore parte de la quantitate sola nè per la magiore parte de le persone sole se possa far preiudicio a li altri..... Ma poi che serà dechiarato chi e quanto ciascuno debbia hauvere, quilli che debbono havere le doe parte del cumulo del debito costituiscano e se intendano essere la magiore parte de li creditori. Et tutto questo capitulo se intenda de li creditori presenti in la citate di Bologna. Ma li absenti e suo credito non facia numero nè somma benchè a loro preiudichi o faccia utile quello che per li creditori presenti se facia secondo che in li presenti capitoli se contene. — *Statuta populi et communis Florentiae*, Friburgi apud Michaelem Kluch [del 1415] rub. 6, pag. 528: " Et possint etiam dicti syndici seu duo partes eorum, ut dictum est, de voluntate tamen *duarum partium ad minus pro numero personarum et pro modo et quantitate crediti* talium creditorum de civitate, comitatu et districtu Florentiae componere et pacisci compositiones et pacta et concordiam facere et firmare et modo et forma et quemadmodum voluerint et viderint convenire ". — *Statuto dei mercanti di Lucca* [del 1555, riv. nel 1610], Lucca, 1610, lib. III, cap. II: " Et se nel detto termine tutti i detti creditori o parte di quelli compariranno *et per li tre quarti dei comparenti rispetto alle persone (purchè detti tre quarti comprendano la metà o più di tutto il credito)* sarà fatto alcun patto, concordio o vero compositione con il detto debitore ecc. ". — Altri statuti sono citati da **Lattes**, *Il diritto comm.*, pag. 348, note 4 e 5.

(23) V. *Cons. del Maggior Consiglio di Venezia*, del 28 marzo 1395, loc. cit.. — *Statuto di Firenze* del 1415, loc. cit. — *Statuta Ferrariae* del 1566, loc. cit. *Statuto dei mercanti di Lucca*, lib. III, cap. 11: " Et se nel detto termine..... sarà fatto alcun patto concordio o vero compositione con il detto debitore sì da dargli salvocondutto in beni et in persona per lungo o breve termine, come di rimettergli o rilassargli quella parte grande o piccola del loro vero credito che ad essi paresse..... tale compositione patto o vero accordio..... vaglia et tenga quanto a tutti i creditori di tal debitore..... ".

(24) Un anno a Genova (*Statuta et decreta communis Genuae* del 1498, Ve-

sario secondo varî statuti anche perchè il concordato concluso potesse produrre i suoi effetti (*omologazione*): ai creditori dissenzienti si concedeva in questo caso il diritto di fare opposizione (25).

Il concordato concluso ed omologato era obbligatorio per tutti i creditori, assenzienti e dissenzienti, noti ed ignoti, presenti ed assenti (26). Solo i creditori con pegno, ipoteca o fideiussione ne erano esclusi: ma in qualche statuto si stabiliva che anche essi fossero tenuti al concordato, quando una maggioranza abbastanza forte di creditori garantiti avesse acconsentito all'accordo (27). In caso di ritorno a miglior fortuna il debitore era qualche volta tenuto a pagare l'intiero (28). Circa gli effetti del concordato sulle

---

nezia, 1567, lib. IV, cap. 85) — due anni a Lucca (*Statuto della corte dei mercanti* del 1610, lib. III, cap. 9) — cinque anni a Milano (*Constitutiones dominii Mediolanensis* del 1541, pag. 182).

(25) *Decreto del Maggior Consiglio di Venezia* del 28 marzo 1395 citato: " Fazando sempre questo con volontà della mazor parte di soi creditori, et del conseio di quarantìa nel qual dien esser chiamati li altri creditori, i quali non volessero consentire al soprascritto concordio secondo l'usanza ". — *Decreto del Consiglio di Quarantìa* del 28 aprile 1441, *Decr. ven.*, pag. 166, num. 34: " Anchora come l'era or tegnuda la parte hauendo oltra la mità del conseio, così per l'auevignire non se intenda la parte esser ottegnuda, sel non haverà più de do terzi del conseio di quaranta, congregado al numero de trenta et de là insuso ". — *Statuta Patavina antiqua et reformata* [del 1420], Patavii, 1682, pag. 157: " Et prout creditores omnes vel ex quatuor saltim tres partes ipsorum, attenta quantitate debiti et non personarum, erunt in concordia, et sponte facere volent, *ita per dominum Potestatem seu vicarium eius pronunciatur, citatis tamen illis creditoribus*, qui *ad hoc non consentirent*, et liquidatis debitis secundum formam praesentium Statutorum ".

(26) *Statuta populi et communis Florentiae* [del 1415], rub. 6, pag. 528: " Et possint etiam dicti syndaci..... concordiam facere..... de voluntate tamen dictarum duarum partium creditorum *aliis etiam absentibus et inrequisitis, aut praesentibus et contradicentibus vel tacentibus*, quae compositio, concordia et pacta valeant et teneant et debeant observari ed executioni mandari, non obstante aliquo statuto ".

(27) *Statutorum civilium reipubl. Genuensis nuper reformatorum libri sex*, Genuae, 1689, lib. 4°, cap. VII, pag. 129: " Excludantur semper et exclusi intelligantur creditores habentes pignus hypothecam vel fideiussionem, nisi septem octavae partes creditorum habentes hypothecam consentirent, quo casu reliqua octava pars creditorum habentium hypothecam possit includi, dummodo habeat hypothecam inferiorem, vel parem illis, qui consensissent ".

(28) *Statuta populi et communis Florentiae* [del 1415], rub. 12, pag. 538: " Cessantes et fugitivi, de quibus in praesentibus statutis sit mentio, qui a creditoribus eorum liberati vel absoluti pervenerint quandocumque ad pinguiorem

decadenze civili e politiche, che colpivano i falliti, mentre in alcuni statuti (per es. a Padova) era stabilito che bastasse l'esecuzione del concordato perchè il fallito fosse reintegrato in tutti gli ufficii ed onori (29), in altri (per es. a Genova e a Firenze) soltanto col pagamento integrale di tutti i crediti poteva il fallito riacquistare i diritti civili perduti (30). In caso di inadempimento da parte del debitore il concordato si risolveva ed i creditori rientravano nella totalità dei loro diritti (31). In caso di frode da parte del fallito, il concordato si annullava ed i creditori potevano egualmente esi-

---

fortunam, teneantur omne et totum illud quod in rei veritate restabant dare ipsis suis creditoribus, non obstante quacunque compositione, transatione, liberatione, fine vel pacto iam factis, integre solvere satisfacere et implere ipsis creditoribus usque ad verum et integrum capitale, quatenus poterunt suae facultates sufficere, habita ratione ne egeat „.

(29) *Statuti di Padova dal secolo XII al 1285*, ed. da **A. Gloria**, Padova, 1873, rub. 553: " Et si quis homo hinc retrocesserit vel in futurum cedet suis bonis et postmodum fuerit in concordia cum suis creditoribus, quod dicta cessio non faciat ei aliquod prejudicium in honoribus et officiis communis Paduae „.

(30) *Statuta populi et communis Florentiae* [del 1415] *de cessantibus et fugitivis*, rub. I, pag. 518: " Et praedicta poena locum sibi vindicat quousque plenarie vere et perfecte et realiter solverit seu satisfecerit omnibus et singulis creditoribus suis de vera sorte *etiam si cum eis concordasset*, transegisset seu composuisset, propter quam compositionem aut transactionem seu finem aut liberationem a dictis creditoribus factam poenam non evitent, nisi, ut dictum est, fuerit eis vere et integre satisfactum „. — Il concordato permette solo ai cessanti e loro discendenti di stare in città e di esercitare i diritti civili (esclusi i politici e l'esercizio dell'arte a cui appartenevano prima di fallire). V. *Stat.* cit., pag. 519. — Lo stesso era a Genova, dove il concordato non esimeva che dall'obbligo di pagare gli interessi: ma il pagamento di tutto il capitale era necessario per riacquistare i diritti politici: *Statutorum civilium* ecc., lib. IV, cap. VII: " nec possint restitui adversus praedicta, nisi prius in casu non secuti accordii cum suis creditoribus, solverint *totum eorum debitum cum interessibus usque ad integram solutionem;* vel nisi prius, in casu secuti accordii cum creditoribus, adimpleverint dictum accordium *et solverint omnibus suis creditoribus saltem capitale integre* „. — Contr., ma a torto, **Guariglia**, *Concordato*, pag. 80.

(31) *Statuti dell'Università dei mercanti di Bologna* [del 1550], Bologna, 1550, rub. 75: " Alle quali compositioni debbiano star i detti creditori, si veramente, in quanto il detto cessante quelle in tutto osservi come sono fatte. Altramente quanto è a quello creditore al quale non osservasse, se a lui parrà il detto cessante sia tenuto come prima era et non sia il detto creditore obbligato alla detta compositione..... „.

gere l'intiero (32). Gravi erano anche le sanzioni comminate contro i creditori che si fossero, o nel concordato o in occasione del concordato, procurato particolari vantaggi a danno degli altri creditori. Erano considerati come decaduti da ogni diritto e obbligati a restituire tutto ciò che avessero ricevuto (33) e qualche volta anche costretti a soddisfare integralmente i creditori danneggiati (34).

23. La legislazione statutaria conobbe anche il *concordato preventivo*. Lo troviamo non solo menzionato, ma compiutamente e precisamente disciplinato nello *Statuto dei mercanti di Lucca* (35), in un capitolo apposito: *di quelli che dessero lo stato per non fallire.*

---

(32) *Statuto dei mercanti di Lucca*, lib. III, cap. 6, pag. 206: " Et nei detti casi [cioè di frode] se alcuno patto, concordia, salvo condotto o compositione fatto o fatta fosse per il detto fallito con i suoi creditori, ogni predetta cosa sia cassa et vana et di nessun valore ". — *Statutorum civilium reipublicae Genuensis libri sex*, lib. IV, cap. 7: " Si ullo unquam tempore, etiam facto accordio, constiterit quod aliquis ex debitoribus, ut supra, se praesentantibus, usus fuerit aliqua fraude, aut occultando bona, aut aliter in praeiudicium creditorum..... imo non obstante quacunque quitatione et accordio, possint creditores habere actionem exigendi residuum creditum una cum interessibus usque ad integram solutionem: quo casu ad commodum creditorum, accordia, quitationes et alia, intelligantur facta in fraudem et non valere, neque ipsis creditoribus praeiudicare debere ".

(33) *Statuto dei mercanti di Lucca*, lib. III, cap. 11: " Et se chiaramente si provasse che alcuno dei detti creditori, i quali havessero consentito et fatto tale accordio, havesse per modo alcuno havuto qualche vantaggio più degli altri creditori, tal creditore cade da ogni ragione del suo credito et niente più per l'avvenire domandar possa dal suo debitore predetto di quello che restasse havere ed oltre ciò sia tenuto rendere et restituire tutto quello che del suo credito riscosso avesse ".

(34) *Statutorum civilium reipublicae Genuensis libri sex*, lib. IV, cap. VII, pag. 130: " Si vero aliquis ex creditoribus, qui in accordio consensisset, haberet a debitore meliorem conditionem, sive in quantitate, sive in tempore, sive in cautione aliis creditoribus, sive eorum scientia vel sine licentia magistratus *cadat ipso iure et facto in obligationem solvendi pro dicto debitore omnibus aliis creditoribus supra plus ab accordio usque ad complementum debiti principalis*, hoc est, usque ad complementum debiti principalis..... ".

(35) Questo statuto, benchè porti la data del 1610, non è che un rifacimento di statuti già esistenti, e vecchi di più secoli: esso appartiene perciò di diritto al ciclo storico della legislazione statutaria che, sorta e fiorita nell'epoca medievale, stende le sue ultime propaggini fino al secolo XVIII. — Cfr. **Calisse**, *Storia del diritto italiano*, Firenze, 1891, I, pag. 159.

Secondo questo statuto il debitore, prima della dichiarazione di fallimento, poteva, recandosi personalmente davanti al magistrato, domandare una convocazione dei suoi creditori per una proposta di concordato. Egli doveva contemporaneamente presentare i suoi libri ed il suo bilancio. Se la domanda era accolta, il magistrato gli accordava una dilazione di un mese e convocava i creditori. Qualora i tre quarti dei creditori rappresentanti almeno la metà del credito avessero consentito al concordato, anche l'altro quarto vi era obbligato, e il fallimento era evitato: se invece entro il termine della dilazione il concordato non si fosse concluso, si dichiarava senz'altro il fallimento (36).

---

(36) *Statuto della corte dei mercanti di Lucca*, lib. III, cap. 11: " Item statuimo et ordiniamo che se alcuno tenuto della detta Corte così active come passive fosse debitore di più persone di scudi dugento in tutto o più et volesse accordarsi con i suoi creditori avanti che fosse citato ad effetto di darlo per fallito secondo la forma dei capitoli soprascritti di questo libro et per ciò esso personalmente comparirà davanti alli Sig. Giudice et Consoli o vero a due terzi di loro et domanderà che tutti i suoi creditori habitanti in Lucca e nel contado o distretto suo siano richiesti et convocati insieme per parte dell'uffitio della detta Corte in un medesimo luogo et in un medesimo tempo et per volersi con loro accordare per il miglior modo che gli sarà possibile: et oltre a ciò incontinente avanti a detti signori Consoli presenterà et lascerà i suoi veri libri dei suoi traffichi, negotii et mercanzie, per li quali al netto possa apparire dei suoi veri debiti o crediti et il libro delle sue possessioni e beni, di modo che si possa far vedere lo stato suo, siano tenuti et debbano in tal caso li detti Sig. Giudice et Consoli far salvo condutto al detto comparente in persona solamente per un mese..... nei quali tempi non possa per alcun modo essere molestato il detto comparente da alcun uffitiale..... et di poi ad instanza del detto comparente commettere che tutti i creditori suoi, anche forestieri, siano citati per bando pubblico, nei luoghi soliti intorno alla piazza di Lucca, in termine di giorni venti a comparire alla detta Corte per un medesimo giorno et hora per accordarsi col detto debitore come meglio si potrà: " (seguono il modo di calcolare la maggioranza e le norme per la dichiarazione di fallimento in caso di insuccesso del concordato).

§ 2. — La dottrina dei glossatori e dei commentatori e la giurisprudenza.

24. Mentre un così vivo movimento delineavasi nella pratica mercantile e nelle leggi municipali, gli scrittori di diritto comune, glossatori e commentatori, non lo seguirono che tardi e lentamente. Attaccata ai testi del diritto romano che per essa era diritto vigente, la dottrina comprendeva benissimo che gli istituti del diritto romano i quali, facendo breccia nel principio *res inter alios acta tertiis non nocet*, avrebbero potuto costituire la base di una elaborazione dottrinale del concordato, avevano natura, scopi e portata totalmente diversi dal concordato. Doveva riuscire e riuscì difficile alla dottrina estendere al caso del debitore insolvente, che viene direttamente a patti coi proprii creditori, le norme del Digesto concernenti il patto tra l'erede e i creditori dell'eredità perchè quello possa adire l'eredità evitando gli effetti perniciosi della *confusio hereditaria*. Doveva riuscire e riuscì difficile concedere alla maggioranza il diritto di obbligare la minoranza ad una remissione, applicando le norme della costituzione di Giustiniano sulle moratorie, la quale non concerneva che la dilazione quinquennale e disciplinava un beneficio, la concessione del quale era riservata all'imperatore. E noi vediamo perciò ancora nel secolo XVI disputare i dottori in quali casi il concordato voluto dalla maggioranza possa obbligare la minoranza, quando già da tre secoli in tutti i centri commerciali quotidianamente i creditori si accordavano coi debitori insolventi, sulla base della deliberazione della maggioranza.

Malgrado la lentezza colla quale la dottrina seguì l'evoluzione più rapida della consuetudine e del diritto municipale, è interessante studiare il movimento che condusse gli scrittori di diritto comune a liberarsi dalle pastoie imbarazzanti dei testi romani, e più ancora dall'ossequio sconfinato della Glossa, che si era sovrapposta ai testi, e che non soltanto aveva adottato, nella nostra materia, una opinione affatto restrittiva, ma aveva dato al *pactum ut minus solvatur* una ragione ed un fondamento che precludevano la via ad ogni progresso ulteriore. Qualcuno dei glossatori più

antichi aveva anzi, nella sfera stessa di applicazione del patto, cioè nel caso di una eredità oberata, ritenuto che il fr. 7 § 19 non potesse applicarsi se non nel caso in cui il dissenso fosse solo sulla *entità* della remissione, ed allegava a conforto di questa opinione il testo del fr. 7: " *si communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant* [scil. *in quota parte debiti contenti sint*] *tunc praetoris partes necessariae sunt* ". Ma questa dottrina non prevalse, ed Accursio adottò invece l'opinione che anche quando il dissenso fosse sulla concessione stessa della rimessione, la minoranza dovesse esser legata dalla volontà della maggior parte: *quia eadem est ratio*. Ed alla obbligatorietà del patto si assegnava come fondamento la ragione che altrimenti, il defunto non avrebbe avuto erede, e i creditori non avrebbero avuto *quem convenirent* (1).

25. Così concepito dalla Glossa come un istituto creato per dar modo ai creditori di convenire in giudizio l'eredità, il *pactum ut minus solvatur* passò nella dottrina dei commentatori, i quali, pur aggiungendo dilucidazioni e spiegazioni circa il fondamento giuridico del patto (2), tennero sempre fermo il principio che l'obbligatorietà di esso era stabilita *ut haberent creditores quem con-*

(1) **Glossa**, ad l. 7, § 19 (*Digestum vetus*, Venetiis, 1683, pagg. 266 e 267): " Habet locum dictum huius legis et sequentium secundum Irnerium et secundum omnes quando omnes vel maior pars consentiunt in remittendo, sed est discordia quantum quilibet remittet. Sed quid si quidam sunt qui volunt aliquid remittere? Dicunt quidam non habere locum has leges: ut innuit haec litera, *quota parte debiti contenti sint*. Sed contrarium potest dici: quia eadem est ratio. Sed quae est haec aequitas sive ratio qua alii adstringuntur pactis aliorum stare? Respondeo: quia per eorum utilitatem fieri videtur cum talia tunc fiunt quum debitor non est solvendo, nec enim alias est verisimile quod illi iactarent vel effunderent pecunias suas... Item non haberet defunctum heredem, item non haberent creditores quem convenirent ".

(2) **Baldus** († 1400), *Commentaria in Digestos*, Venetiis, 1686, ad l. 7, *de pactis* (I, pag. 132), diceva che se non si fosse obbligata la minoranza alle deliberazioni della maggioranza " minor pars praeiudicaret maiori et impediretur per minorem partem commodum et utilitas maioris partis. Nam, ut dicit Odofredus, melius est pauca dividere quam totum perdere ". — E **Bartolus** († 1357), *In primam Digesti veteris partem*, Venetiis, 1680, ad h. l. (I, f. 82), giustificava l'obbligatorietà affermando che " in his quae sunt communia pluribus et singulis quod fit a maiori parte praeiudicat aliis favore liberationis ". Cfr. per questi concetti il seguito della presente trattazione, *infra*, num. 79 e seg.

venirent (3). Senza perciò allontanarsi da questo principio, che la venerazione per la Glossa faceva ritenere accertato come se avesse ricevuto la sanzione legislativa, i commentatori incominciarono ad affermare che al caso del debitore defunto si doveva pareggiare quello del debitore fuggitivo, giacchè anche in questo caso *non haberent creditores quem convenirent* (4). Fedeli però alla dottrina

---

(3) **Baldus**, *De pactis* in *Tractatus illustrium iuris consultorum*, vol. VI (*de contractibus licitis*), parte 1ª, Venetiis, 1684, fol. 6, num. 61: " Et attende, quia dicitur, quod si maior pars creditorum paciscatur quod ei ceteri creditores stare tenentur est verum, quum creditores non haberent quem convenirent, sed per pactum factum est, ut habeant: ut puta decesserat debitor plurium, et cum heres nollet adire hereditatem metuens, creditores pacti sunt cum eo se contenti esse certa portione. Huic quidem pacto stari debet etiam per eos, qui pacti non sunt. Si tamen maior pars creditorum consensisset, sed si creditores habuissent quem convenirent, ut quia iam adiisset hereditatem debitoris heres, hic tantum sibi praeiudicarent paciscentes ".

(4) I primi commentatori che abbiano esteso il *pactum ut minus solvatur*, al caso del debitore fuggitivo, furono **Raphael Fulgosius** e **Paulus de Castro**. — Il primo († 1427), *In Digestum vetus Commentaria*, ad fr. 7, § 19, *de pactis*, num. 4 (Venetiis, 1682), dice: " Item et his duabus rationibus cessantibus dicit Angelus multum utiliter non habere locum has leges, si vivat ipse debitor, id est utile, dicit, propter istos campsores et mercatores fugitivos ut quamvis maior pars consentiat de certa parte debiti remittenda, quod aliis, qui non consenserunt, non nocet. Vidi tamen servatum contrarium in multis locis et forsitan aut ex statutis municipalibus aut ex consuetudine, quae habet eas rationes etiam vivo debitore, quae vigent in his legibus eo defuncto, ut creditores habeant quem conveniant, item per hoc etiam providetur, ut defunctus habeat heredem, et verecundia est, ut quis non habeat heredem, et propterea eius bona distrahantur a creditoribus... Omnes rationes, quae militant in herede, militant etiam in vivo debitore, nam et interest creditorum, ut debitor redeat, *ut habeant quem convenirent*, interest etiam ipsius debitoris, ne bona eius cum infamia a creditoribus possideantur et distrahantur "; — **Paulus de Castro** († intorno al 1430, cfr. **Tiraboschi**, *Storia della letteratura italiana*, Milano, 1824, VI, pag. 761), *Commentaria* ad f. 7, § 19, *de pactis* (Venetiis, 1682, I, f. 57), così tratta la questione: " Et adverte quod *Guglielmus de Cuneo* dicit hic aliqua singularia dicta. Primo quod iste § non haberet locum quum iam esset adita hereditas quod tunc heres iam sit obligatus omnibus creditoribus, nullam utilitatem consequeretur minor pars creditorum de remissione facta per maiorem et aequitas istius § fundatur in hoc. Item quod si viveret principalis debitor similiter non haberet locum ut maior pars possit remittere in praeiudicium minoris eadem ratione. Et istum casum de facto in terminos habui hoc anno et est quotidianus in istis mercatoribus fallentibus vel deficientibus. Quod si aliqui creditores vel maior pars facit remissionem de parte debiti alii non coguntur stare. Et ita dicto facto consului, licet quidam dicerent contrarium

della Glossa, ammettevano l'obbligatorietà del patto solo quando il debitore fuggitivo fosse stato in luogo dove non si sarebbe potuto convenirlo che con grande difficoltà. Quando il convenirlo fosse stato facile, si rientrava nella regola generale: in questo modo alcuni commentatori posteriori conciliavano col testo della Glossa la nuova dottrina che si andava facendo strada (5).

Assegnando come fondamento alla validità ed obbligatorietà del patto stipulato col debitore fuggitivo la impossibilità di altrimenti convenirlo in giudizio, la dottrina considerava la rimessione accordata in questo caso come fatta *per extorsionem* e perciò concedeva ai creditori una *condictio ob turpem causam*, per il pagamento dell'intiero, in caso di ritorno a miglior fortuna del decotto. La rimessione invece si considerava come definitiva, quando fosse stata fatta realmente per spirito di liberalità *(per gratificationem)* (6).

---

servari de consuetudine: sed non curo de hoc. Sed si nollent remittere sed facere inducias quinquennales bene posset in hoc maior pars praeiudicare minori. Videretur tunc posse dici quod si debitor aufugisset et nollet rediri, nisi omnes remitterent partem debiti, quod tunc, quia subest eadem ratio et pactum maioris partis potest afferre utilitatem minori, haberet locum ille §. Tene menti, quod quotidianum est „.

(5) **Alexander Tartagnus** († 1477), *In primam et secundam partem Digesti veteris Commentaria* (Augustae Taurinorum, 1675), ad l. 7, *de pactis*, fol. 109: “ Et dicunt praefati doctores omnes, quod per eandem rationem non haberet locum iste textus, quando maior pars creditorum remitteret ipsi debitori principali, quia iam est omnino obligatus. Dicit tamen Paulus de Castro hic istud esse verum, nisi debitor principalis aufugisset et nollet redire, nisi omnes remittant partem, quia tunc dici potest, habere locum istum textum ex identitate rationis. Adverte tamen, quia contrarium sentiunt Raynerius et Angelus, quod iste textus non habet locum in debitore principali vivente et dicunt hoc esse notandum pro debitoribus cessantibus et fugitivis. Sed potest concordari, quod aut erat in loco debitor fugitivus, in quo poterit de facili conveniri et tunc habeat locum opinio Raynerii et Angeli: secus, si cum difficultate magna; — **Jason de Maino** (1435-1519), *In Digestum vetus Commentaria*, ad l. 7, num. 2: “ Tu pondera, quod quando debitor principalis esset absens, nec posset ibi commode conveniri, fatentur Paulus de Castro, et dictus Alexander [sc. Tartagnus] hic, quod tunc haberet locum iste textus ex identitate rationis „.

(6) **Alexander Tartagnus**, op. cit. ad f. 9, *de cond. ob turpem causam*, 12, 5; — **Jason de Maino**, ad f. 9, *de cond. ob turpem causam*, 12, 5, num. 2; — **Brunus**, *Tractatus de cessione bonorum* in *De Mercatura decisiones et tractatus varii de rebus ad eam pertinentibus*, Lugduni, 1621, Quaest. 22, num. 4 e 5, pag. 863: “ Adverte tamen, quod creditores remittentes mercatori fallito debiti

26. Anche la giurisprudenza, nei paesi dove le leggi locali non avevano espressamente riconosciuto e sanzionato il nostro istituto, trasse dalle norme contenute nel *Corpus iuris* la disciplina del concordato. E ciò fece forse anche con maggior larghezza degli stessi dottori. Celebre così è restata la giurisprudenza del *Sacro regio Consiglio napolitano*, riferita da MATTEUS DE AFFLICTIS (7), la quale ammetteva l'obbligatorietà del patto stipulato dalla maggioranza dei creditori secondo le norme del titolo *de pactis*, nei seguenti tre casi: *a)* quando il debitore era defunto e l'erede di lui non voleva adire l'eredità; *b)* quando il debitore era fuggito dalla città, e così i creditori non potevano convenirlo, nè trovare i suoi beni; *c)* quando il debitore divenuto insolvente si dichiarava pronto a cedere i beni, se i creditori non gli avessero concesso una dilazione al pagamento. In ogni caso, il patto stipulato dalla maggioranza, non poteva pregiudicare i creditori garantiti da ipoteca; eccetto che tutti i creditori fossero stati ipotecari, e la maggioranza di essi avesse consentito alla rimessione (8).

---

partem, poterunt per condictionem ob turpem causam partem remissam repetere, quia tales remissiones per creditores factae debitoribus fallitis seu pauperibus de maiori summa pro maiori servari non debent, sed integra summa peti possent, ut ad pinguiorem fortunam pervenerint... Nos igitur distinguimus videlicet, an remissio sit per gratificationem aut per extorsionem. Primo casu valet talis remissio, secundo vero non iuribus per eum allegatis „; — Cfr. anche **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 84.

(7) **Guariglia**, *Concordato*, pag. 54, parla di *una decisione* del *Sacro Consiglio.* Ma benchè il **De Afflictis** la riferisca nella rubrica: *Decisio CCLXXXVIII* della sua raccolta, dal testo stesso dell'opera risulta che non si tratta di una sola decisione, ma di una vera giurisprudenza del Consiglio: v. **De Afflictis.** *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani*, Venetiis, 1557, fol. 227: “ *Saepe et saepius habuimus in Consilio* quod unus debitor habet plures creditores, ecc. „.

(8) **De Afflictis**, *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani*, Venetiis, 1557, fol. 227: *dec.* 288. La data di queste decisioni, che a quanto ci riferisce il **De Afflictis**, sono molte, non è conosciuta: ma si può con una certa approssimazione stabilire che appartengono al periodo che va dal 1489 al 1504, durante il quale il **D'Afflitto** fu consigliere del Sacro Consiglio napolitano, come ci riferisce egli stesso nel *Proemio*, num. 5: “ Et hoc opus laboribus et vigiliis meis atque studio conditum, ad lites occurrentes in Decisionibus causarum in incidentibus, emergentibus et diffinitionibus, *actis per sacrum Regium Consilium Regum de Aragonia usque ad praesentem Catholicum regem me existente Regio Consiliario* „. E noi sappiamo appunto che il **D'Afflitto** fu fatto giudice della gran Corte della Vicaria e consigliere del Sacro Consiglio nel 1489, cariche dalle

§ 3. — Il concordato in Germania, in Isvizzera e in Ispagna.

Sommario: 27. Il concordato in Germania. — 28. Il concordato in Isvizzera e in Ispagna.

27. Nato in Italia per opera della consuetudine e delle legislazioni statutarie, dal risorgere della procedura collettiva di

---

quali cessò nel 1504, coll'annessione del regno di Napoli alla Spagna, sotto Ferdinando II il Cattolico (**Tiraboschi**, *Storia della letteratura italiana*, VI, pag. 802). Ecco ora integralmente la dec. 288 del **De Afflictis**, che riassume in modo chiaro e completo lo stato della dottrina e della giurisprudenza del diritto comune in materia di concordato alla fine del secolo XV: " Saepe et saepius habuimus in Consilio, quod unus debitor habet plures creditores in diversis summis et diversis causis, quorum credita adscendunt ad bonam summam, puta mille vel ultra onces: illi creditores forte num. X fecerunt sibi scripturam de remittendo XX pro centenario pro uno quoque eorum pro debito quod debet recipere; unus creditor non vult concurrere ad remittendum, sed vult statim debitum. Quaeritur, utrum possit de iure compelli ad concurrendum in dicta remissione cum maiori parte. Omissis argumentis generalibus, pro et contra, quae possunt fieri, solum referamus post lungam discussionem habitam, circa intellectum l. *iurisgentium* § *hodie* et l. *maiorem* et l. *rescriptum* (cioè i fr. 7, § 19; 8 e 10 *de pactis*, 2, 14) ubi statur maiori parti creditorum in remissione partis debiti, et ubi agitur de dilatione concedenda per creditores debitori, statur maiori parti creditorum ut in l. *quoties* Cod. *de prec. imp. offerendis* e in l. fin. Cod. *qui bonis cedere possunt* (cioè le const. 2 *de prec.* 1, 19 e 8, *qui bonis*, 7, 71). Quid per Sacrum Consilium fuit super illa materia decisum et conclusum? Dictum fuit, quod in tribus casibus standum est maiori parti creditorum. *Primus* quum debitor est defunctus et heres eius non vult adire hereditatem, nisi pars cuiuslibet debiti a creditoribus remittatur; tunc si maior pars creditorum consentit, statur maiori parti, non obstante contradictione minoris partis ut in § *hodie* et l. *maiorem*. Et est ratio secundum Glossam in dictum § *hodie*, quia si dicta remissio partis debiti non fieret, heres non adiret hereditatem, et sic defunctus non haberet heredem: et sic creditores non haberent quem convenirent. Voluit ergo lex ut ex pacto maioris partis creditorum volentis partem debiti remittere, quod minor pars creditorum adstringatur ad consentiendum. Secus si maior pars vellet remittere totum debitum secundum Guilelmum de Cuneo et Albericum de Rosciate et Baldum. Et hoc multo magis procedit, ut dicebant dicti domini de Consilio, ubi heres non peteret remissionem, sed dilationem tantum, quia per dilationem minus praeiudicium fit creditoribus dissentientibus, quam per remissionem partem debiti. — *Secundus casus est*, quum debitor fugit ex civitatem, ita quod non est facultas creditoribus ipsum convenire, nec inveniunt eius bona; tunc si debitor vult reverti, et petit quod creditores sibi remittant par-

concorso, dallo sviluppo straordinario dei traffici, e da certe particolari condizioni locali, il concordato passò rapidamente all'estero, e noi lo vediamo già nel medio evo, accolto in Germania, in Svizzera ed in Ispagna. Solo la Francia — come è naturale — dovette restare e restò estranea a questo movimento, essa che non conobbe la procedura di concorso che assai tardi, solo cioè verso la metà del secolo XVII.

In Germania, la trasfusione del nuovo istituto sorto in Italia avvenne nella seconda metà del secolo XIII, per mezzo della città di Lubecca, fiorente pei traffici, ed in frequenti relazioni d'affari colle città commerciali italiane. Noi abbiamo prove che già alla fine del secolo XIII il concordato di maggioranza era conosciuto e praticato a Lubecca (1). In un documento appunto della seconda

tem debiti, vel dent certum tempus ad solvendum, aliter non revertetur, tunc si maior pars hoc casu remittat partem debiti, vel concedat dilationem ad solvendum, minor pars non potest contradicere. Et est ratio, quia creditores non haberent quem convenirent. (*Segue la citazione degli autori e dei passi che confortano questa dottrina*). — *Tertius casus est* quando debitor propter paupertatem paratus est cedere bonis, nisi creditores concedant dilationem ad solvendum, tunc maiori parti creditorum statur, iuxta formam dictae legis Codicis *qui bon. ced. possunt.* — Et dicebant domini, quod in aliis casibus non habet locum, quod minor pars creditorum debet concurrere cum maiori parte. Et ideo si post aditam hereditatem per heredem debitoris maior pars creditorum remitteret heredi partem debiti, minor pars creditorum non tenetur concurrere, quia habet quem potest convenire (*seguono le citazioni*). Et fuit decisum in Consilio, quod si omnes creditores habent hypothecam, quod militant praedicta; secus si essent creditores, qui pro maiori parte non haberent hypothecam, et minor pars creditorum haberent hypothecam, tunc non praeiudicat maior pars minori et quae sit ratio, vide per Bartolum et Albericum et ibidem per Paulum de Castro. Hoc verum in remissione, sed in dilatione bene praeiudicat minori parte habenti hypothecam ". Questa giurisprudenza ebbe quasi valore ed autorità di legge non soltanto a Napoli, ma in tutta Italia e anche in Ispagna (v. più oltre, num. 29 e 41) e fu spesso citata e riportata dalla dottrina e dalla giurisprudenza dei secoli posteriori.

(1) Lo **Stobbe**, *Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses*, Berlin, 1888, pag. 76, nota 122, si pone la questione se il principio della obbligatorietà dell'accordo pei non assenzienti in Germania sia derivato dal diritto romano oppure sia giunto a Lubecca a mezzo dei commercianti italiani. E conclude di non poter affermar nulla perchè gli manca la notizia del tempo, in cui quel principio ebbe vigore in Italia. — Noi che sappiamo come già nel 1244 del concordato si faccia menzione negli Statuti dei Giudici del Petizion a Venezia (v. sopra, num. 20, testo e nota 2) possiamo con molta probabilità affermare che

metà del secolo XIII, i cittadini di Rostock avvisano quelli di Lubecca che un cittadino di Rostock è fuggito per debiti che aveva in Rostock ed in Lubecca: e che, essendogli stata conceduta una dilazione dalla maggioranza dei suoi creditori composta di cittadini di Rostock, un solo creditore di Lubecca non aveva voluto acconsentire alla dilazione: per lo che, essendosi adìto il magistrato, sull'esempio di quanto praticavasi a Lubecca, la minor parte era stata costretta a consentire alla dilazione accordata dalla maggioranza (2). Questo avviso era probabilmente una rappresaglia che quelli di Rostock si prendevano per altri consimili avvisi ricevuti da Lubecca, dove era già sôrta la consuetudine di tenere obbligati i dissenzienti, specie quando la minoranza era composta di creditori appartenenti ad altre città (3). Ma documenti appartenenti direttamente a Lubecca non solo provano che il concordato di maggioranza era conosciuto e praticato in questa città, ma ci dànno una idea abbastanza esatta del procedimento che si seguiva per la conclusione dell'accordo e degli effetti di questo. Menzione di concordati moratorî e remissorî a Lubecca si ha in documenti degli anni 1327 (4), 1405, 1330, 1360 e 1394 (5). Anche a Lubecca

---

furono proprio i mercanti italiani a far conoscere e diffondere a Lubecca la consuetudine degli accordi tra il fallito ed i suoi creditori. Dal diritto romano il concordato non avrebbe potuto svolgersi che tardi e lentamente, giacchè noi abbiamo veduto con quanti sforzi e come faticosamente il principio della obbligatorietà dell'accordo sia penetrato nella dottrina del diritto comune, in mezzo ad un ambiente dove il nostro istituto si era da secoli maturato, e mentre gli stessi dottori, che stavano attaccati ai testi del *Digesto*, confessavano che il concordato si praticava *quotidianamente* (v. più sopra, num. 24 e segg.).

(2) Il documento è riferito in parte dallo **Stobbe**, *Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses*, pag. 77. Dopo aver detto della fuga del debitore, l'avviso continua: “ Denique per instantiam suorum amicorum a nostris burgensibus inducias obtinuit, et burgensis vester nullas inducias dare voluit. Pro hac causa venerunt ad iudicium et per iustas sentencias obtinuerunt, quod cum maior pars inducias daret, minor pars consentire deberet, sicut nobis in sentenciis declarastis, maxime cum maior debiti pars fuit nostrorum burgensium ”.

(3) V. **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 34.

(4) In un documento riferito dal **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 34, è detto: “ Cum suis creditoribus omnibus novis et antiquis concordavit isto modo, videlicet quod de CCCC et X mr. den. tantum in quibus iis obligatur, CC mr. debeat persolvere in festo beati Martini proxime venturo...; residuas CC e X mr. den. iis persolvet in festo Paschae sequenti ”.

(5) V. in **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 35.

si concedevano salvocondotti ai debitori fuggitivi per dar loro modo di ritornare in patria e concludere accordi coi creditori (6). Tutto il procedimento per la conclusione dell'accordo si teneva sotto la direzione dell'autorità pubblica ed a questo scopo erano deputati alcuni membri del Consiglio della città (7). I patti concordati dovevano redigersi in un pubblico stromento (8): il contenuto dei patti poteva essere diverso: riduzione di una parte del debito (9); dilazioni (10), pure e semplici o con costituzione di garanzie (11). In un documento del 1411 il debitore, che era un ramaio, si obbligava a lavorare per quattro anni per i suoi creditori, i quali dovevano fornirgli il materiale e gli strumenti del lavoro (12). L'accordo concluso colla maggioranza non aveva bisogno di alcuna omologazione, quando la minoranza era composta di creditori forestieri (13). Ma era invece necessaria una decisione del Consiglio, quando i dissenzienti fossero abitanti di Lubecca, e, chiamati davanti ai magistrati, si fossero opposti all'accordo (14).

---

(6) In un documento del 1375 riferito da **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 35 è detto: " domini Consules dederunt quendam securitatem Ludekino de Molne veniendi ad curiam Sancti Georgii ad placitandum cum suis creditoribus, quibus esse tenebatur ".

(7) Cfr. **Stobbe**, *Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses*, pag. 78, testo e nota 126.

(8) **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pag. 80.

(9) **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pag. 80, nota 133.

(10) Era il caso più frequente: **Kohler**, *Lehrbuch*, pagg. 34 e 35: in un caso la dilazione fu accordata per 12 anni: dopo quattro anni dalla conclusione dell'accordo il debitore doveva incominciare i pagamenti, per i quali gli erano accordati 8 anni, v. **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 35.

(11) **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pag. 81.

(12) **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 35.

(13) V. un documento del 1330 riferito da **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pag. 79: " Et si aliqui hospites, vel extranei creditores contra dictum Thideconem (*il fallito*) agere vellent super debitis ante praesens tempus contractis, parcere sibi debent et facere sicut fecerunt nostri concives ". V. **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 35, nota 3.

(14) V. in **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 35, e in **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pag. 79, un interessante documento del 1408: Il debitore si era accordato colla maggior parte dei suoi creditori: alcuni dissentivano: si stabilì che i creditori dissenzienti *qui praesentes essent in civitate Lubeke*, dovessero comparire davanti al Consiglio, " *proponentes et dicentes sua notamenta et causam quare et cum qua ea infringere vellent* ". Se non fossero comparsi *assequerentur placita secundum quod placitata essent.*

Colla completa esecuzione dell'accordo il debitore era liberato, poteva ritornare in città ed era restituito nei suoi onori e dignità (15). Se invece non avesse adempiuto agli obblighi portati dal concordato, era di nuovo sottoposto all'arresto personale ed i creditori rientravano nella integrità dei loro diritti (16).

28. Del concordato si trovano traccie anche in Isvizzera fin dal principio del XIV secolo. Mentre non sembra che fosse ammessa la possibilità di costringere i creditori della minoranza ad una remissione parziale dei crediti (17), nei più antichi registri del Consiglio della città di Zurigo si fa menzione di un concordato dilatorio, concluso colla maggioranza ed obbligatorio anche per la minoranza dissenziente (18).

In Ispagna troviamo menzione del concordato fin nei *Costumbres de Tortosa,* raccolta di consuetudini che risale al XIII secolo, nelle quali si sancisce la nullità del concordato ottenuto mediante dolo o frode (19). Il principio della obbligatorietà per la minoranza del

---

(15) **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pag. 81, testo e nota 139; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 35.

(16) V. un documento del 1405 riferito da **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pag. 82, nota 142: " Si quod absit, dictam pecuniam iis intra praedictum tempus non persolverit, extunc elapso hoc tempore venire debet ad refectorium beatae Catharinae huius civitatis ad ipsos creditores et ab eisdem nequaquam recedere, nisi sit de voluntate et consensu ipsorum creditorum. — Anche il contratto si risolveva: v. un documento del 1423 in **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 35: Se il debitore " in primo termine solucionis primam solucionem non faceret, quod extunc totus tractatus seu contractus debet esse nullius efficaciae et invalidus ".

(17) **Wyss**, *Geschichte der Concursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich bis zum Erlasse des Stadt- und Landrechtes vom 1715*, Zürich, 1845, pag. 51.

(18) **Wyss**, *Geschichte des Concursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich*, Zürich, pag. 51, nota 1, il quale riporta il passo dei registri dove si fa menzione di questo concordato: " man schreibet allen reten daz Heince Loiching (*il fallito*) mit sinen gelten den meren teil hat getegedinget, daz er jeglichem sol gelten ze allen vronvasten von jeglichen pfunde 1 sch., untz daz er vergiltet, und sol anheben ze der nechsten vronvasten vor wienachten. *Swel siner gelten des nit wil stete an, der sol sines geltes beiten, untz die andern werden gewert, und sol in der vrist den Loiching weder an libe noch an gute kumberten* ".

(19) *Costumbres de Tortosa*, VII, 8, § 2 (cit. da **Oliver**, *Historia del derecho en Cataluña, Mallorca, y Valencia*, Madrid, 1879, IV, pag. 324): " Deutor, qui per engano o per falsia, dien e feynen que no ha de que pagar, aporta son creedor

concordato consentito dalla maggioranza è consacrato nella *Ley de siete partidas*, compilazione della seconda metà del secolo XV. In queste leggi, è un vero concordato *preventivo*, dilatorio e remissorio, che si disciplina (20).

CAPITOLO III.

L'epoca moderna.

§ 1. — Il concordato in Italia.

Sommario: 29. Il concordato nel secolo XVI: Stracca. — 30. Il concordato nei secoli XVII e XVIII: la dottrina commercialistica. — 31. La legislazione sul concordato nel secolo XVIII. — 32. La legislazione sul concordato nel secolo XIX. — 33. Il Codice di commercio del 1882. — 34. Progetti di riforma.

29. Nel secolo XVI la dottrina non potè staccarsi ancora dal concetto tradizionale della Glossa e continuò a considerare come fondamento e ragione della obbligatorietà pei non assenzienti dell'accordo stipulato colla maggior parte, la necessità pei creditori di avere *quem convenirent*. La giurisprudenza del Sacro Consiglio Napoletano, la quale, fondandosi su quel concetto, aveva dato la più larga applicazione possibile al *pactum ut minus solvatur*, costituì dunque la fonte principale, a cui attinse tutta la dottrina di questo secolo. Da quella giurisprudenza prende appunto le mosse il primo dei nostri grandi commercialisti, lo Stracca, nel quale troviamo per la prima volta una compiuta esposizione dottrinale del nostro istituto.

Lo Stracca ammette il concordato di maggioranza nei tre casi ricordati dal De Afflictis: quando cioè il debitore è morto, e l'erede non vuole adire l'eredità, se non venga rimessa una parte

---

a composicio... no contrastant aytal composicio o transactio o convinenza, deu esser forçat e destret de pagar lo deute tot quo devia a son creedor, ans que la composicio, transactio o convinença fos feyta „.

(20) *Ley de Siete Partidas*, V, 15, legge 6 citata da **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 448 e riferita da **Salgado de Somoza**, *Labyrinthus creditorum concurrentium*, Venetiis 1686, Pars II, cap. XXX, num. 62 e 63, pag. 506.

del debito: perchè altrimenti *defunctus non haberet heredem et creditores non haberent, quem convenirent;* — quando il debitore è fuggito e i creditori non possono convenirlo, nè ritrovare i suoi beni: — quando il debitore è pronto a cedere i beni se non gli è accordata una dilazione (1). A questi tre casi lo STRACCA ne aggiunge però un altro: ed è quello in cui vi è dissenso tra i creditori sul modo di ottenere il soddisfacimento dei loro crediti sui beni del debitore: in questo caso la minoranza dovrà essere obbligata, sempre che non si tratti di rimettere una parte del debito (2). — Per la obbligatorietà del patto remissorio è necessario però che esso sia stato consentito in una regolare assemblea, a cui tutti i creditori siano stati invitati, non dalla maggioranza dei creditori presi separatamente e singolarmente (3). La maggioranza si computa secondo la quantità dei crediti, non secondo il numero delle persone: in caso di parità di somma, prevale il numero: a parità di numero e di somma la parte dove si trova il creditore di maggiore autorità, o quella dove sono creditori legati da parentela col debitore: o, infine, *ceteris paribus*, prevale la *humanior sententia* (4).

---

(1) **Stracca**, *De Mercatura et de Mercatore, Tractatus de decoctoribus*; pars sexta, num. 5-9 (*Venetiis*, senza data).

(2) V. **Stracca**, *De Mercatura, Tractatus de decoctoribus*, pars sexta, num. 21. Il nostro autore veramente non è nè chiaro, nè esplicito su questo punto. Egli comincia col domandarsi " num minor pars creditorum a maiori parte creditorum in aliis facti speciebus praeter tres exceptas voluntatem eorum sequi adstringi posse „. E continua col riferire l'opinione di **Angelo**, il quale riteneva: " uticumque creditores certant inter se quid agendum sit de bonis debitoris in solutione cessantis, semper humaniori sententiae creditorum standum est, ceterum si nulla invenitur humanior et omnia sunt paria, standum est iudicio cognatorum qui creditores sint et si nullus sit cognatus standum est iudicio eius, cui maior debetur pecunia „. **Stracca**, aggiunge: " licet consilii Neapolitani auctoritas me valde moverit, non tament puto ab Angelo dissentiendum „. Ciò però solo nel caso " cum non tractatur de remittendo partem debiti; negavimus enim supra ubi bona decoctoris extant remitti a maiore parte creditorum posse „. È a credersi perciò che quando ammette l'obbligatorietà, **Stracca** segue non già il criterio di **Angelus**, della *humanior sententia*, ma applichi le regole del *pactum ut minus solvatur*.

(3) **Stracca**, *De Mercatura*, num. 9: " nec enim consensus seorsum, et separatim praestitus a maiori parte creditorum minori obest. Nam cum pactum aliis nocet, omnes in unum convocari debent, et tunc pactum liberationis partis debiti a maiori parte initum aliis obest „.

(4) **Stracca**, *De Mercatura*, num. 9.

Nel calcolo della maggioranza non si contano i crediti simulati e quelli fatti in frode agli altri creditori (5). La maggioranza può rimettere una parte del debito, non tutto il debito, *quia totum remittendo constat utiliter non agere*. La rimessione non è ammessa però, neppure per una parte del debito, quando il debitore ha lasciato dei beni, perchè in questo caso, potendosi nominare un curatore all'eredità giacente, o potendosi dai creditori procedere alla *bonorum venditio* mediante il *curator bonorum vendendorum*, manca la ragione che giustifica l'obbligatorietà del patto, cioè il non avere i creditori *quem convenirent* (6). È necessario in ogni modo perchè la deliberazione della maggior parte obblighi i non assenzienti che intervenga un decreto del magistrato (7). I creditori non assenzienti hanno diritto di opporsi alla deliberazione della maggior parte " *si sententia maioris partis creditorum evidenter esset iniusta* "; ma debbono nell'opposizione indicare le cause della manifesta iniquità (8). Il patto stipulato dalla maggior parte non pregiudica i creditori con pegno od ipoteca; e qui, allontanandosi dall'opinione del Sacro regio Consiglio Napolitano, STRACCA insegna che, anche se tutti i creditori sono ipotecari, non può la maggior parte di essi costringere la minore alla rimessione di parte del debito, giacchè in questo caso i creditori hanno *quem convenirent*, potendosi rivolgere contro i *tenentes bona* (9). I creditori della minoranza possono rivolgersi contro i fideiussori del debitore: non così quelli che consentirono all'accordo (10). Se il debitore non adempie ai patti concordati, il concordato si risolve e i creditori rientrano nella integrità dei loro diritti (11).

30. Le ultime traccie della dottrina della Glossa scomparvero solo negli scritti dei commercialisti dei secoli XVII e XVIII, i quali ammisero l'obbligatorietà dell'accordo stipulato dalla mag-

---

(5) **Stracca**, *De Mercatura*, num. 10, dove aggiunge: " Addo ego in illum, seu illos, qui in fraudem se creditores dixerint, graviter animadvertendum esse ".
(6) **Stracca**, *De Mercatura*, loc. cit., num. 18.
(7) **Stracca**, op. cit., loc. cit., num. 9.
(8) **Stracca**, op. cit., num. 17.
(9) **Stracca**, op. cit., num. 13.
(10) **Stracca**, op. cit., num. 14.
(11) **Stracca**, op. cit., num. 23.

gioranza non soltanto nei tre casi menzionati dal De Afflictis, ma in ogni altro caso in cui i creditori dovessero deliberare *super bonis debitoris a solutione cessantis*. Già fin nel 1654 Franciscus Roccus († 1676) ricordava parecchie sentenze dello stesso Sacro Consiglio Napolitano, colle quali si erano dichiarati obbligati i creditori della minoranza ai patti concordati dalla maggioranza, fuori dei tre casi della decisione 288 del De Afflictis (12). Questa dottrina fu seguita posteriormente senza contrasto, a quanto ci riferiscono Ansaldus de Ansaldis e Casaregis, i quali la dànno come *communis opinio* ai loro tempi (13).

---

(12) **Franciscus Roccus**, *Responsorium legalium cum decisionibus centuria secunda ac mercatorum notabilia*. Neapoli, 1655, *Responsum* XI, num. 7 e seg.: " Rursus dicta regula, ut standum sit maiori parti creditori, non obstante contradictione minoris partis, non solum procedit in illis tribus casibus positis per Afflictum in dictam decisionem 288, sed etiam in omni alio casu; ubi creditores certant quid faciendum sit super bonis debitoris, a solutione cessantis et si controvertant, nunquid recipere debeant bona in solutum. Tandem ita pluries practicatum et decisum fuit in Sacro Consilio nostro tam antiquis quam modernis temporibus, prout in causa decoctionis Jo: Baptistae Cont... apparet sententia antiqua Sacri Consilii per quam fuerunt condemnati creditores recusantes minoris partis, ad concurrendum cum maiori parte pro remittenda parte debiti, ut ex copia decisionis in processu pag. 109; et idem fuit indicatum per Sacrum Consilium in causa decoctionis Galeatii Nal... de anno 1650... Idemque in causa decoctionis Pauli Spinolae de anno 1651 ". Ed egualmente decise il Regio Collateral Consiglio con sentenza 26 novembre 1652 nella causa patrocinata dal **Roccus**.

(13) **Ansaldus de Ansaldis** († 1719), *De commercio et mercatura, Discursus legales*. Roma, 1689, disc. XI, num. 1 e seg., pag. 58: " Respondi, quod regula magis hodie recepta et canonizata militat pro facto a maiori parte creditorum; labentibus si quidem fortunis communis debitoris, seu quolibet periculo illius decoctionis imminente, iura nostra permittunt, et expresse determinant, quod maior creditorum pars valeat citra fraudem et dolum, sed pro utilitate communi bona fide transigere cum eodem debitore, eique vel indulgere terminum ad solvendum, vel debiti etiam partem remittere, adeo ut, dissentientibus coeteris, queat iudex obstringere renuentes ad insequendam voluntatem maioris partis ". **F. M. Casaregis** († 1737), *Discursus legales de commercio*. Venetiis, 1740, II, *discursus* 172, pag. 162, num. 1: " Quemadmodum pluries in hac materia quinquennalium dilationum, seu concordiae debitoris cum suis creditoribus, vel maiori parte eorum initae, sive ineundae, tum consulendi tum iudicandi exercendo respective munus advocati et iudicio mihi occasio contingit; ita ut plures de facili possem desuper discursus contexere: verum quia, cum nonnulli casus, et quaestiones super quibus scripsi, aut iudicavi sint obvii et reperibiles penes quamplures Authores de hac materia

Vinte così le ultime riluttanze della dottrina, il concordato entra a far parte degli istituti di diritto comune, e la sua regolamentazione giuridica, elaborata dagli scritti dei commercialisti, resta fissata, fino a tutto il secolo XVIII, nelle seguenti linee generali. Il concordato di maggioranza non può, di regola, essere stipulato con effetto obbligatorio per la minoranza, se tutti i creditori non sono stati convocati e la deliberazione non sia stata presa in una regolare assemblea (14). In pratica sembra però che si seguisse una consuetudine opposta ed i creditori erano fatti sottoscrivere separatamente in un foglio presentato loro dal debitore (*albarano*) (15). Il fallimento doloso o la fuga del debitore non è di ostacolo al concordato (16). La maggioranza si calcola non *pro numero personarum*, ma per la quantità del debito (17): a formar la maggioranza concorrono anche i consanguinei del debitore (18): se concorresse anche la moglie, era incerto; ma prevaleva la opinione

---

late agentes... quapropter in hoc discursu me restringam ad ea quae mihi notabiliora visa sunt, vel non ita obvia, vel saltem magis confusum, vel controversum apud doctores inveni „. Anche il **De Jorio**, *La giurisprudenza del commercio*, Napoli, 1799, pag. 170 e seg., e specialm. pag. 178, dava come *communis opinio*, alla fine del secolo XVIII, la obbligatorietà dell' accordo in tutti i casi.

(14) **Roccus**, *De decoctione mercatorum* in *Responsa legalia*, not. LXXIII, num. 215; — **Ansaldus de Ansaldis**, *De commercio*, discursus XI, num. 6 e 7; — **De Luca**, *Theatrum veritatis et justitiae*, Liber octavus: *de credito et debito* (Venetiis, 1734), disc. 102, num. 12; — **Casaregis**, *Discursus de commercio*, disc. 172, num. 2.

(15) **Roccus**, *De decoctione Mercatorum*, in *Responsa legalia*, not. LXXIII, num. 216: “ Sed haec solemnitas, ut in unum conveniant creditores in loco de consuetudine tolli potest, dum non est de forma substantiali... non observari in Gallia testatur Rebuffus in *titulum de literis dilatoriis*, prout non observatur in civitate et Regno Neapolitano. Nam in omnibus concordiis, dilationibus et remissionibus partis debiti, factis per creditores maioris partis, fuerunt inita albarana subscripta a creditoribus et illa missa et exequuta fuerunt reluctantibus creditoribus minoris partis per suprema Tribunalia huius civitatis „; — **Ansaldus**, *De Commercio*, disc. XI, num. 7; — **Cesaregis**, *Discursus de commercio*, disc. 172, num. 5; — **De Jorio**, *La giurisprudenza del commercio*, III, pag. 187.

(16) **Casaregis**, *Discursus legales de commercio*, disc. 172, num. 22.

(17) **Roccus**, *De decoctione mercatorum*, not. LXI, num. 184.

(18) **Roccus**, *De decoctione mercatorum*, not. LXI, num. 186; — **Casaregis**, *Discursus legales de commercio*, disc. 172, num. 7.

negativa (19). Per l'obbligatorietà dell'accordo è necessaria la conferma o omologazione del giudice (20). Ma la dottrina non fa punto discendere dalla pronuncia del giudice la obbligatorietà dell'accordo: anzi il De Luca, che è il solo autore, il quale affronti la questione della natura giuridica del concordato, più specialmente a proposito del concordato moratorio, afferma che l'obbligatorietà pei non assenzienti deriva da ciò che " *inter creditores quaedam societas inita videatur quodque corpus sociale tamquam universitatem constituens ita determinet, quid magis eis expediet, ut ita substinendo debitorem eumque non suffocando valeat iste prosequendo negotiationem ditari, eiusque conditionem reddere meliorem, atque creditoribus satisfacere* " (21). Un concetto, come vedremo, adoperato anche da parecchi autori moderni, per conciliare la natura contrattuale del concordato colla sua obbligatorietà pei non assenzienti (22). — Il contenuto degli accordi che la maggior parte può concludere con effetto obbligatorio per la minoranza è libero: e può consistere non solo in remissioni o dilazioni, ma anche in *dationes in solutum* (23): la libertà di contrattazione è solo limitata dalle seguenti eccezioni: *a*) non può la maggioranza far remissione totale dei crediti (24); *b*) non può la maggioranza far condizioni disuguali ai diversi creditori (25); *c*) non può la maggioranza stipulare una rimessione

---

(19) **De Luca**, *De credito*, disc. 152, num. 16; — **Casaregis**, *Discursus legales de commercio*, disc. 172, num. 8.

(20) **Ansaldus**, *De Mercatura*, disc. XI, num. 9; — **Casaregis**, *Discursus de commercio*, disc. 172, num. 10: " Notandum tamen est, quod accordium vel conventio, licet a maiori parte creditorum firmata, ut minori parti praeiudicet, debet prius, citata parte dissentiente, per Iudicem confirmari et usque quod sententia iudicio non fuerit in iudicatum transacta, accordium non incipit effectum suum sortiri... Verum quando sententia est inappellabilis, statim a die sententiae accordium incipit vires suas habere ".

(21) **De Luca**, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Liber octavus: *de credito et debito*, disc. 152, num. 12.

(22) V. più oltre, num. 79 testo e note 48 e 49.

(23) Cfr. **Roccus**, *De decoctione mercatorum*, not. LXIII, num. 189.

(24) **Roccus**, *De decoctione mercatorum*, not. LXIX, num. 203: " Limita secundo in pactione facta de remittendo totum debitum, quia in eo non tenentur concurrere creditores minoris partis, nam potest ius creditoris diminui, concurrente maiori parte, non autem totum creditum amitti, et sic partem crediti tantum possunt creditores maioris partis remittere, solidum tamen et totum non, quia totum remittendo constat eos non utiliter agere ".

(25) **Casaregis**, *Discursus legales de commercio*, disc. 172, num. 49.

maggiore di quella che sia strettamente necessaria, avuto riguardo alle condizioni del fallimento: la rimessione quindi non obbligherà la minor parte, se l'attivo del fallito sia sufficiente a dare ai creditori un dividendo maggiore (26). Il concordato omologato obbliga tutti i creditori chirografari per crediti contratti prima dello stato di decozione: esclusi perciò *a)* i creditori ipotecari e privilegiati (27); *b)* i creditori posteriori alla decozione, cioè quelli posteriori all'accordo e quelli di poco anteriori all'accordo (28). Malgrado il concordato, i creditori conservano integre tutte le loro ragioni ed azioni contro i fideiussori del debitore, purchè non abbiano consentito all'accordo nè espressamente, nè tacitamente (29). Al caso del creditore avente un fideiussore, la giurisprudenza parificò il caso del creditore avente una garanzia reale sui beni di un terzo (30).

---

(26) **Casaregis**, *Discursus legales de commercio*, disc. 172, num. 17: " nam si ex statu productu per debitorem constaret, quod ipse reperiretur in gradu satisfaciendi suis creditoribus, vel saltem meliorandi eorum conditionem, non teneretur minor pars contradicens stare concordiae a maiori creditorum parte subscriptae, quia esset irrationabilis ".

(27) **Casaregis**, *Discursus legales de commercio*, disc. 172, num. 34 e 45; — **Ansaldus de Ansaldis**, *De Mercatura*, disc. 172, num. 11; — **Roccus**, *De decoctione mercatorum*, not. LXV, num. 193; — **De Luca**, *De credito*, disc. 152, num. 19.

(28) **Casaregis**, *Discursus legales de commercio*, disc. 172, num. 32: " Et insuper accordium praedictum non potest debita futura, nempe post accordium iterum a debitore contracta, comprehendere ": num. 26. " Quando autem debitum contractum fuerit cum aliquo creditore paulo ante concordiam firmatam a maiori parte creditorum, tunc talis creditor non poterit a maiori parte obligari ad standum concordiae ".

(29) **Casaregis**, *Discursus legales de commercio*, disc. 172, num. 36 e 37: " Et similiter creditores, qui habent fideiussores, non afficiuntur ab accordio et conventione facta per maiorem partem creditorum, licet compulsi fuerint per iudicem ad standum dicto accordio, quia nihilominus possent pro integra satisfactione eorum crediti agere contra fideiussores vel eorum bona obligata. Secus tamen dicendum, si creditores habentes fideiussores citra compulsum iudicis se libere et ultronee subscripserunt accordio, vel tacite eidem consensum suum praestiterint, nam tali casu non poterunt dicti creditores fideiussores praedictos amplius molestare ".

(30) Decisione della Rota Fiorentina del 29 ottobre 1621 in **Ombrosius**, *Rotae Florentinae decisionum Thesaurus*, Florentiae, 1804, VII, dec. II, pag. 9 e seg.: " Iterum non obstat quod per dictum Statutum sunt aequiparati in omnibus et per omnia voluntarie et inviti conscribentes accordio praedicto. Quia dictam omnimodo aequiparatione intelligimus quoad prohibitionem agendi

Il contratto, anche dopo stipulato e approvato dal giudice, può essere annullato, quando si scopra che sia dovuto a frode del debitore (31): e può essere risolto, quando il debitore non adempia alle condizioni pattuite (32). Il ritorno a miglior fortuna non dà diritto ai creditori di ripetere l'intiero, quando il concordato fu consentito senza dolo (33). Gli accordi segreti fra il debitore e qualche creditore per indurlo ad accedere all'accordo sono nulli, ma non invalidano il concordato (34).

31. Questa disciplina giuridica del concordato, che i nostri commercialisti, ora attingendo alla dottrina dei commentatori, ora alle disposizioni degli statuti municipali, ora alle consuetudini mercantili delle varie piazze italiane, faticosamente avevano elaborata, si propagò e si mantenne inalterata fino all'epoca napoleonica, costituendo un vero *ius commune,* quasi universalmente osservato in Italia. Le disposizioni legislative emanate in materia di concordato durante questo periodo non furono che poche e poco importanti ed appartengono principalmente alla seconda metà del secolo XVIII (35).

---

erga debitorem et bona poenes eum existentia, secus quoad agendum contra tertium possessorem et etiam, quia casus praedictus sit similis, ut probavimus, casui concessae facultatis agendi contra fideiusorem „.

(31) **Roccus**, *De decoctione mercatorum*, not. LXXV, num. 220; — **Casaregis**, *Discursus legales de commercio*, disc. 172, num. 25; disc. 208, num. 17.

(32) **Roccus**, *De decoctione mercatorum*, not. LXXIV, num. 218; — **Casaregis**, *Discursus legales de commercio,* disc. cit., num. 30.

(33) **Roccus**, *De decoctione merc.*, not. LXXV, num. 221. — Contr. **Scaccia**, *Tractatus de commerciis et cambio.* Venetiis, 1669, pag. 314, § II, Glossa V, num. 52.

(34) **Casaregis**, *Discursus legales de commercio*, disc. 208, num. 16: " Denique admonendum est, quod aliquando evenit, ut debitor decoctus, qui remissionem partis debiti vel inducias a maiori parte Creditorum desiderat clam paciscatur cum aliquo creditore, faciendo illi meliorem conditionem, ut concordiae per eum propositae suis creditoribus consentiat, quo casu hujusmodi pactum, tamquam factum in fraudem aliorum creditorum, nihil valet, cum decoctus secuta decoctione, nihil agere posset in praeiudicium suorum creditorum... Creditor tamen sic paciscens videtur de iure puniendus dumtaxat in eo, quod aliis creditoribus exaequetur „.

(35) Così in Piemonte, le regie Costituzioni di Carlo Emanuele III del 1770, ricordate da **Azuni**, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile.* Livorno, 1822, I, voce *accordo*, pag. 78 e seg., § II: ma si tratta di norme poco importanti e che in sostanza, non innovano, ma piuttosto dilucidano in alcuni punti la dottrina ricevuta.

Ricorderemo, qui solo, come la più notevole, la legge toscana di Pietro Leopoldo del 15 marzo 1782, la quale contiene una regolamentazione legislativa abbastanza completa del *concordato* nel *concorso civile*. Secondo questa legge il debitore che voglia intentare un giudizio di concordato deve presentare al magistrato l'elenco dei suoi creditori, e quello di tutti i suoi beni mobili ed immobili, ragioni e crediti (art. I) (36): durante il procedimento continua l'esecuzione personale e reale contro il debitore; salvo che questi assicuri in valida forma, o coi suoi beni, o con idoneo mallevadore, di adempiere alle condizioni stabilite nella proposta di concordato, purchè la proposta sia stata sottoscritta ed accettata dal numero di creditori necessario per la conferma giudiziale (art. VI). Tanto nel concordato fuori del fallimento, quanto nel concordato di fallimento, è necessario il consenso dei tre quarti in numero ed in somma dei creditori (art. X). In caso di frode del debitore o di altri dovuta a dolosa esagerazione del passivo o a dissimulazione dell'attivo, o a traffico di voti fatto da qualche creditore, il concordato è nullo e gli autori della frode sono puniti come falsari (art. XI, XII). — La legge ha poi alcune disposizioni speciali al *concordato di fallimento:* notevole fra queste quella dell'art. XVI che vieta il concordato nel caso di fallimento doloso.

32. Colla pubblicazione nel Regno italico del Codice di commercio francese (17 luglio 1808) cessarono di aver vigore in Italia gli statuti, le costituzioni e il diritto comune anche in materia di concordato; il quale pertanto fu disciplinato dagli art. 519-527 del *Code de commerce* (37). Sopravvenuta la restaurazione, il Piemonte tornò al diritto comune ed alle costituzioni del 1770 finchè nel 1842 il Codice di commercio albertino calcato sulla legge francese del 1838, nella parte concernente il fallimento (38), non ebbe dato un assetto definitivo anche alla disciplina giuridica del nostro istituto; la Toscana mantenne in vigore il *Code de commerce*, richiamando però in vita anche la legge del 1782, dalla quale il Codice veniva

---

(36) Questa legge è riferita integralmente da **Fierli**, *Della società chiamata accomandita e di altre materie mercantili*, Firenze, 1803, II, pag. 89 e seg., ed è ricordata da **Baldasseroni**, *Dizionario ragionato della giurisprudenza marittima e di commercio*, Livorno, 1815, voce *accordo* (§§ III e VIII).

(37) V. più oltre, num. 37.

(38) V. più oltre, num. 38.

così parzialmente modificato (39); gli Stati pontifici ebbero il *Regolamento provvisorio di commercio*, riproduzione del Codice francese; a Napoli le Leggi di eccezione del 1829, egualmente calcate sulle orme del Codice napoleonico. Nè la legislazione francese sul concordato che, o nella forma primitiva del Codice di commercio del 1808, o in quella assai migliorata della legge del 1838, vigeva in quasi tutta l'Italia alla costituzione del Regno, subì gravi modificazioni dalla unificazione legislativa avvenuta col Codice di commercio del 1865, il quale, anche nella parte concernente il concordato, è la copia quasi fedele della legge francese del 1838. Le modificazioni introdotte si riducono infatti alle seguenti:

a) Una lieve aggiunta all'art. 509 del *Code de commerce* modificato dalla legge del 1838, colla quale si stabilisce che i creditori hanno diritto di prender notizia nella Cancelleria del processo verbale dell'adunanza per il concordato (art. 620_4).

b) La concessione al fallito che ha stipulato un concordato della facoltà di riprendere la professione di commerciante e di far indicare sull'albo dei falliti accanto al proprio nome quello del seguìto concordato (art. 631).

c) L'istituzione della risoluzione *parziale* nell'interesse dei soli creditori non soddisfatti, richiedendosi per la risoluzione *totale* la domanda della maggioranza dei creditori intervenuti nel concordato (art. 633).

d) La determinazione di un termine di cinque anni per la prescrizione dell'azione di risoluzione.

33. Alquanto maggiori, ma non così importanti e radicali quanto avrebbe richiesto una regolamentazione antiquata come

---

(39) Legge toscana, 15 novembre 1814, art. 2: " Sono provvisoriamente e fino a nuovi provvedimenti eccettuati dalla generale abolizione il codice di commercio nelle parti nelle quali non è contrario al Regolamento pei tribunali di commercio e alle altre leggi pubblicate, ecc. ". In base alla qual legge, la giurisprudenza decise che " siccome la clausola *non ostante ecc.*, che accompagna il rescritto autorizzativo la concordia ai termini della legge del 1782, induce deroga al codice di commercio, così nulla importa che precedentemente a tal concordia, come dallo stesso codice esigerebbesi, sia stato dichiarato il fallimento del debitore ". E così, in Toscana, rimane in vigore il *concordato civile*. V. Salvi, *Annotazioni al codice di commercio, tratte in ispecie dalle decisioni dei tribunali Toscani*. Pisa, 1826, pag. 145.

quella della legge francese del 1838, trasfusa nel Codice allora vigente, furono le modificazioni apportate all'istituto del concordato dal Codice del 1882. Oltre ad alcuni ritocchi ed aggiunte poco importanti e poco felici in materia di concordati sociali, le innovazioni veramente notevoli del Codice oggi in vigore si possono raggruppare intorno ai seguenti punti:

a) Il concordato non si considera più come un beneficio concesso al fallito, ma come un mezzo, vantaggioso egualmente per il fallito e pei creditori, di uscire da una posizione imbarazzata; di qui, facoltà concessa al fallito di concludere un concordato, anche in caso di bancarotta semplice o fraudolenta, salvo il mantenimento delle conseguenze penali della dichiarazione di fallimento;

b) Il concordato non è più considerato come un modo *normale* di liquidazione, che si contrappone alla liquidazione *forzata* ed alla ripartizione. Quindi la riunione del concordato non è posta più ad un momento determinato della procedura: ma può il concordato concludersi ad ogni momento, purchè dopo la verificazione dei crediti: la liquidazione forzata e la ripartizione non sono più un *sostitutivo* del concordato: ma sono lo scopo *normale* della dichiarazione di fallimento: la procedura non si distingue più in due stadi, uno *preparatorio*, ed uno *definitivo* (unione): ma fin dal principio i creditori sono in istato di unione per la realizzazione dei loro crediti mediante liquidazione del passivo e dell'attivo e ripartizione.

c) Si introduce la moratoria: dilazione concessa dal giudice, durante la quale si rende possibile e si facilita la conclusione di un concordato amichevole.

d) Si dà modo al fallito di ottenere la riabilitazione in seguito alla conclusione del concordato, senza pagamento dell'intero ammontare dei crediti: e di far cessare il procedimento penale per bancarotta semplice (*beneficî di legge*).

34. Malgrado i miglioramenti introdotti, i lamenti sulle insufficienze della nuova legge concursuale sono incominciati subito dopo la sua promulgazione. Istituita perciò con decreto ministeriale del 12 aprile 1894 una *Commissione incaricata di studiare e proporre riforme al Codice di commercio*, la Sottocommissione per la revisione dell'istituto del fallimento (Penserini, Alaggia, Bolaffio, Mortara

e PARENZO) rivolse cure particolari all'istituto del concordato e dai suoi lavori uscirono il *Progetto sul concordato preventivo* (40), e lo *Schema preliminare per la riforma delle disposizioni sulla procedura di fallimento e sul concordato* (41). Il primo fu presentato, con qualche mutamento, alla Camera dal Guardasigilli GIANTURCO (2 dicembre 1897) ma non fu discusso (42). Fu ripresentato al Senato dallo stesso Guardasigilli tre anni dopo (22 novembre 1900) (43) con miglior fortuna, perchè nella seduta dell'11 maggio 1901 il Senato discuteva e approvava il progetto, che attende ora soltanto la sanzione della Camera elettiva (44). Di ambedue i progetti dovremo in seguito a lungo occuparci.

§ 2. — Il concordato in Francia e nei paesi di diritto francese.

Sommario: 35. Ordinanza del 1673. — 36. Le ordinanze e i decreti posteriori e la dottrina. — 37. Il Codice del 1808. — 38. Legge del 1838. — 39. Leggi posteriori. — 40. Il concordato nel Belgio e in Olanda.

35. Sebbene il concordato abbia dovuto essere conosciuto e praticato in Francia fin dai primi anni del secolo XVII (1), pure soltanto nell'ordinanza del mese di marzo 1673 si trova cenno del nostro istituto. Sono ancora poche e monche disposizioni, ben lon-

---

(40) Vedilo riprodotto insieme colla *relazione od esposizione dei motivi* del commissario **Bolaffio**, nella *Giurispr. italiana*, 1895 (vol. XLVII), V, 65 e seg., in estratto, Torino, 1895 (pagine 143).

(41) Opera del commissario **Mortara**. Vedilo in *Giurisprudenza italiana*, 1897, (vol. XLIX); in estratto, Torino, 1897 (28 pag.).

(42) V. *Atti Parlamentari: Camera dei deputati*, Legislatura XX, 1ª sessione 1897, Documenti, num. 209.

(43) *Atti Parlamentari: Senato del Regno*. Legislatura XXI; 1ª sessione 1900. Documenti, num. 17.

(44) *Atti Parlamentari: Senato del Regno*. Legislatura XXI, 1ª sessione 1900-1901. Discussioni, pag. 1449 e seg.

(1) Il **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, I, pag. 61 *nota*, sulla fede del **Waesen**, *La jurisdiction commerciale à Lyon*, pag. 155, ricorda un regolamento della piazza di Lione del 1624, il quale dichiarava nulli i contratti d'accordo tra fallito e creditori. E il **Thaller** aggiunge che il divieto riguardava solo i concordati conclusi senza l'intervento della giustizia, non quelli sottoscritti, quando il sequestro del patrimonio aveva avuto luogo.

tane dalla completezza degli statuti italiani dei secoli XIV e XV (2); ma la consuetudine, la dottrina e la giurisprudenza le elaborarono, le ordinanze posteriori dei successori di Luigi XIV le completarono, in modo che la disciplina giuridica del concordato si trovò formata in Francia alla metà del secolo XVIII, benchè confusa e sparsa in molte ordinanze reali, decreti di parlamenti, e responsi della dottrina.

La caratteristica dell'ordinanza del 1673 era di non occuparsi in modo speciale del concordato, ma di regolare tutte quante le deliberazioni dei creditori nel fallimento: per le quali tutte si stabiliva che le deliberazioni della maggioranza in somma rappresentante i tre quarti dovessero prevalere ed essere eseguite provvisoriamente, malgrado opposizione od appello, quando fossero state omologate in giustizia. Si delinea così fin dall'ordinanza del 1673 quel carattere che il nostro istituto serbò poi anche nel Codice del 1808 e nella legge del 1838; anche nell'ordinanza il concordato si considera come un *modo di liquidazione,* anzi come il *modo di liquidazione naturale e normale* del fallimento; la legge fa dipendere dalla volontà della maggioranza la liquidazione del patrimonio del fallito; ed è naturale che in questa scelta deferita ai creditori, la via a cui essi prima di tutto si appiglieranno, sarà quella di un accordo amichevole col debitore. Ecco perchè nell'ordinanza, le disposizioni colle quali si concede ai creditori rappresentanti i tre quarti in somma dei crediti di decidere sulla liquidazione, precedono quelle

---

(2) *Ordonnance du mois de mars 1673* (vedila riprodotta in **Jousse**, *Commentaire sur l'Ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, avec des notes par **V. Bécane**, Poitiers, 1828): titolo XI, art. 5, 6, 7 e 8; — Art. 5: “ Les résolutions prises dans l'assemblée des créanciers, à la pluralité des voix, pour le recouvrement des effets, ou l'acquit des dettes, seront exécutées par provision, et nonobstant toutes oppositions ou appellations „; — Art. 6: “ Les voix des créanciers prévaudront, non par le nombre des personnes, mais en égard à ce qui leur sera dû, s'il monte aux trois quarts du total des dettes „. — Art. 7: “ En cas d'opposition ou de refus de signer les déliberations par les créanciers, dont les créances n'excéderont pas le quart du total des dettes, voulons qu'elles soient homologuées en justice, et exécutées, comme s'ils avaient touts signé „; — Art. 8: “ N'entendons néanmoins déroger aux privilèges sur les meubles, ni aux privilèges et hypotèques sur les immeubles, qui seront conservés sans que ceux qui auront privilège ou hypothèque puissent être tenus d'entrer en aucune composition, remise ou atermoiment à cause des sommes, pour lesquelles ils auront privilège ou hypotèque „.

(anch'esse brevi e monche) riguardanti la liquidazione forzata (art. 9). Ed il JOUSSE osserva perciò giustamente che queste disposizioni hanno luogo solo " à l'égard des faillites, qui ne sont point suivies d'accommodement ni de transaction; car quand les créanciers s'accommodent avec le failli, ils le laissent en possession de ses effets, sans les faire vendre " (3).

Dall'ordinanza non si potevano desumere che le norme seguenti, le quali sicuramente non bastavano a costituire una disciplina giuridica del concordato: *a)* il concordato concluso dalla maggioranza obbliga anche la minoranza dissenziente (art. 5 e 7) (4); — *b)* la maggioranza deve essere costituita da tanti creditori che rappresentino i tre quarti dei crediti (art. 5 e 6); — *c)* il concordato deve essere omologato dal giudice ne' casi di dissenso; ottenuta l'omologazione obbliga anche i dissenzienti (art. 7); — *d)* non sono pregiudicati dall'accordo i creditori privilegiati ed ipotecari (art. 8).

36. Altre norme a complemento di queste, furono stabilite da ordinanze posteriori, dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Una *dichiarazione* del Reggente, in data 13 giugno 1715, prescrisse che nessun concordato potesse stipularsi, se il debitore non avesse presentato uno stato esatto, dettagliato e certificato vero di tutti i suoi beni mobili ed immobili, e dei suoi debiti, nonchè i libri e registri (5). Una dichiarazione di Luigi XV del 13 settembre 1739 vietò il concordato prima della verificazione dei crediti (6). Quanto

(3) **Jousse**, *Commentaire sur l'ordonnance*, sull'art. 9, pagg. 278 e 279.

(4) **Jousse**, *Commentaire sur l'ordonnance*, sull'art. 7, pag. 276, nota 5; — **Savary**, *Dictionnaire du commerce*, Genève, 1750, voce *contrat d'accord ou d'atermoiment*, I, pag. 1126.

(5) " Voulons que tous marchands, négociants, banquiers ou autres, qui ont fait, ou qui feront faillite, soient tenus de déposer un état exact, détaillé et certifié véritable, de tous leurs effets mobiliers et immobiliers, et de toutes leurs dettes, comme aussi de leurs livres et registres, au greffe de la jurisdiction consulaire dudit lieu, ou la plus prochaine, et que faute de ce, ils ne puissent être reçus à passer avec leurs créanciers aucun contrat d'atermoiment, concordat, transaction ou autre acte, ni obtenir aucune sentence ou arrêt d'homologation d'iceux: ni se prévaloir d'aucun sauf-conduit accordé par leurs créanciers ". — V. questa dichiarazione in **Renouard**, *Traité des faillites et banqueroutes*, éd. belge, par **Beving**, Bruxelles, 1853, Première partie, pag. 40.

(6) " Voulons et nous plaît; que dans toutes les faillites et banqueroutes ouvertes, ou qui s'ouvriront à l'avenir, il ne soit reçu l'affirmation d'aucun

all'omologazione, essa non poteva concedersi, secondo la dottrina, che dopo esame delle opposizioni presentate dai non assenzienti (7); competente a omologare l'accordo era il magistrato civile, non il tribunale consolare, come ebbe a decidere più volte la giurisprudenza (8). Tuttavia, con regie dichiarazioni, successivamente rinnovate, venne conferita anche ai tribunali consolari la facoltà di omologare i contratti di concordato intervenuti tra i falliti ed i loro creditori (9). La condizione giuridica dei creditori aventi una garanzia personale (fideiussione), di cui l'ordinanza del 1673 taceva completamente, fu così regolata dalla giurisprudenza: i creditori aventi fideiussione furono bensì tenuti al contratto concluso dalla maggioranza, ma i creditori garantiti conservavano il diritto di rivol-

---

créancier, ni procédé à l'homologation d'aucun contrat d'atermoîment, sans qu'au préalable les parties se soient retirées devers les juges et consuls auxquels les bilans, titres et pièces seront remis, pour être vus et examinés sans frais... „. — V. **Renouard**, *Faill. et banq.*, éd. belge, pag. 41; — e **Jousse**, *Commentaire sur l'ordonnance*, pag. 270.

(7) Secondo **Jousse**, *Commentaire*, sull'art. 7, pag. 273 (il quale cita **Boerius**, *Question*, 215), le opposizioni possono essere fondate o sul fatto che i crediti degli opponenti sono privilegiati, o che l'attivo del fallito è superiore a ciò che è stato valutato dai sindaci, o che vi è frode nella condotta del fallito, o che il concordato è stato concluso col concorso di crediti simulati, ecc.

(8) Ordinanza del Châtelet di Parigi, 12 marzo 1678, in **Jousse**, *Commentaire*, pag. 273, nota 3; — Sentenza del Parlamento di Parigi del 7 agosto 1698, nella quale si accusava di suspicione il giudizio dei consoli: " Que les marchands banqueroutiers, pour être favorisés et éviter la peine de mort prononcée par les ordonnances pour le crime de banqueroute, s'adressent à leurs confrères, qui homologuent très facilement les contrats faits avec des créanciers supposés „. V. **Renouard**, *Faill. et banq.*, éd. belge, pag. 37. — La competenza esclusiva del magistrato civile fu definitivamente consacrata in una sentenza del Parlamento di Parigi del 27 marzo 1702, citata da **Renouard**, loc. cit., e da **Savary**, *Dictionnaire du commerce*, voce *contrat d'accord ou d'atermoiment*, I, pag. 1126, e ribadita da un'altra sentenza dello stesso Parlamento del 1° luglio 1772 (v. **Renouard**, *Faill.*, pag. 42).

(9) Ecco le date di queste dichiarazioni, quali sono riferite da **Renouard**, *Faill.*, éd. belge, pag. 37: — 10 giugno e 7 dicembre 1715; — 10 giugno e 21 novembre 1716; — 29 maggio e 27 novembre 1717; — 5 agosto 1721; — 3 maggio 1722; — 4 ottobre 1723; — 4 luglio 1724; — 30 luglio 1725; — 21 luglio 1726; — 7 luglio 1727; — 31 luglio 1728; — 31 agosto 1729; — 19 settembre 1730; — 4 agosto 1731; — 5 agosto 1732; — e altre del 1737, 1739, 1759, 1760, 1774.

gersi per l'intero contro i fideiussori (10). — È interessante a questo proposito notare, sempre a riprova dell'esattezza anche storica di un concetto che spesso ritornerà in questa trattazione, in qual maniera energica fosse affermata la natura contrattuale del concordato sia nell'ordinanza, sia nella giurisprudenza che l' applicava; già l'art. 7 dell'ordinanza stabiliva che all'omologazione si doveva far ricorso solo in caso di rifiuto della minoranza di firmare l'accordo, ed aggiungeva che omologato l'accordo, le deliberazioni della maggioranza si sarebbero eseguite come *se fossero state firmate da tutti;* più chiaramente l'art. 8 negava che i creditori ipotecari o privilegiati " *puissent être tenus d'entrer en aucune composition remise ou atermoiment,* à cause des sommes pour lesquelles ils auront privilège ou hypothèque „ riconfermando il concetto che anche pei non assenzienti, il concordato deve considerarsi un contratto, a cui essi sono forzati di aderire. E lo stesso concetto appare dalla sentenza 22 maggio 1680 citata dal Jousse (11), dove è detto: " ceux qui sont cautions envers ces créanciers peuvent *les obliger à signer* et exécuter ce qui est délibéré par la plus grande partie des autres créanciers „.

Circa l' annullamento del concordato dovuto a fraudolenti maneggi del fallito, una dichiarazione reale dell'11 gennaio 1716 stabiliva che " tous ceux qui ont fait faillite ou la feront ci-après, ne puissent tirer aucun avantage..... d'aucune délibération ou d'aucun contrat signé par la plus grande partie de leurs créanciers, que nous avons déclarés nuls et de nul effet, même à l'égard des créanciers qui les auront signés, s'ils sont accusés d'avoir dans l' état de leurs dettes ou autrement, employé ou fait paroître des créances feintes ou simulées, ou d' en avoir fait revivre d'acquittées, ou d'avoir supposé des transports, ventes et donations de leurs effets, en fraude de leurs créanciers „ (12). — La dottrina ammise anche la risoluzione in caso di inadempimento (13). La rimessione pattuita nell'accordo si considerava dai commentatori dell' ordinanza come definitiva, e quindi il ritorno a miglior fortuna del

---

(10) V. una sentenza del 22 maggio 1680 (di qual magistrato?), citata da **Jousse**, *Commentaire*, pag. 273, nota 2.

(11) V. nota precedente.

(12) V. questa dichiarazione in **Renouard**, *Faill.*, éd. belge, pag. 59.

(13) **Jousse**, *Commentaire sur l'ordonnance*, sull'art. 7, pag. 275.

fallito non era ritenuto causa che obbligasse il debitore al pagamento dell'intiero: ma si reputava persistere al concordato una obbligazione *naturale* o *morale* (14).

Gli effetti del concordato, secondo una decisione del Consiglio del Re del 24 settembre 1724, erano puramente patrimoniali: perchè, malgrado il concordato, al debitore restava interdetto l'ingresso alla Borsa (15).

37. Malgrado queste successive disposizioni, e anche a causa di queste successive disposizioni che si sovrapponevano, creavano eccezioni temporanee, risolvevano casi particolari, la legislazione sul concordato era terribilmente incerta e confusa, e sembrava creata apposta per favorire le frodi. Nessuna garanzia per la conclusione del contratto: le adesioni racimolate dal debitore isolatamente potevano ottenersi mediante inesistenze e promesse, e accordi segreti; incerta sempre la esistenza della maggioranza, incerto il magistrato competente a omologare l'accordo: e da tutto ciò aperta la via alla mala fede e ai lunghi litigi che trasformavano il fallimento in una eccellente speculazione per i debitori, ed in un disastro irreparabile per i creditori più onesti e di buona fede (16). — Si comprende perciò come lo spirito di severità che ispirò il Codice del 1808 in materia di fallimento, dominasse anche, e più specialmente, nelle disposizioni concernenti il concordato, a cui la legge dedicava otto articoli, dal 519 al 527. Il Codice quindi stabilisce che il concordato debba essere stipulato nell'assemblea, a cui assiste il giudice-commissario, e nell'assemblea stessa firmato a pena di nullità (art. 519 e 522); vieta il concordato quando vi siano indizi di bancarotta anche semplice (art. 521) (17); esige per

(14) **Jousse**, *Commentaire sur l'ordonnance*, sull'art. 7, pag. 275.

(15) " Qu'aucun, marchands, négociants, bourgeois et autres personnes de quelque qualité et conditions qu'ils soient, qui auront obtenu des lettres de répit, fait faillite ou contrat d'atermoiment, ne pourront être admis, à la Bourse, pour y faire aucunes négotiations de quelque espèce que ce soit ". — V. **Renouard**, *Faill.*, éd. belge, pag. 41.

(16) Tutti questi inconvenienti, che appaiono già soltanto dalla insufficienza della legge, ci sono attestati dalle numerose ordinanze riferite da **Renouard**, *Faill.*, éd. belge, pag. 34 e seg., nelle quali si lamentano gli abusi dei debitori di mala fede.

(17) Secondo la redazione dell'art. 521, quale fu presentata al Consiglio di Stato, era permesso il concordato nel caso di bancarotta, ma essendosi doman-

l'approvazione, il voto di una doppia maggioranza, di numero e di somma; e precisamente il voto di un numero di creditori che rappresenti la metà più uno dei creditori e i tre quarti dei crediti (art. 519); disciplina l'opposizione dei creditori non assenzienti, concedendo loro otto giorni liberi per fare opposizione (art. 523), allo scopo di permettere ai dissenzienti di far valere le loro ragioni, senza però obbligare il fallito a citarli uno per uno per l'omologazione come era necessario sotto l'impero dell'ordinanza del 1673; ciò che dava luogo a spese e perdita di tempo (18). Nel Codice è meglio precisato e definitivamente consacrato il principio che il concordato deve considerarsi come *il modo di liquidazione normale e come il mezzo normale di porre fine al fallimento.* Nel concetto del Codice, che la legge del 1838 riproduce, il fallimento si distingue tutto in due stadi: uno stadio *declaratorio* o *preparatorio,* e uno stadio *esecutivo.* Nel primo stadio si ferma la condizione patrimoniale del fallito, si accerta il passivo, si accerta e ricupera l'attivo. Nel secondo stadio, si passa alla *realizzazione dell'attivo* ed alla *distribuzione di esso tra i creditori.* Al termine del primo stadio è posta l'*assemblea del concordato.* In questa riunione i creditori debbono decidere se preferiscono una *liquidazione amichevole* mediante accordi col debitore, o se vogliono passare alla *liquidazione forzata dell'attivo* ed alla sua ripartizione. Mentre adunque il primo stadio si verifica *necessariamente* in ogni fallimento; il secondo stadio non si verifica che *eventualmente,* cioè solo quando il concordato non sia approvato dalla maggioranza sufficiente. Il concordato si presenta come la soluzione *principale* del fallimento: l'*unione* come la soluzione *secondaria* o *subordinata* (art. 527).

Anche nel Codice del 1808 è evidente il carattere *contrattuale* del concordato: lo prova ad evidenza l'art. 519 princ.: “ *Il ne pourra être consenti de traiter entre les créanciers délibérants et le failli* qu'après l'accomplissement des formalités ci-dessus prescrites „, in cui il concordato è considerato appunto come un negozio

---

dato che fosse permesso solo nel caso di fallimento senza bancarotta, furono esclusi dal beneficio del concordato, così gli indiziati di bancarotta fraudolenta come gli indiziati di bancarotta semplice: v. **Locré,** *Esprit du Code de comm.*, Paris, 1812, pag. 331.

(18) Cfr. **Boulay-Paty,** *Traité des faillites et banqueroutes,* nouvelle édition, Bruxelles, 1834, num. 263.

giuridico bilaterale stipulato tra il fallito e la massa deliberante nell'assemblea (19).

38. Il Codice del 1808 rappresenta dunque un grande, indiscutibile progresso di fronte alla legislazione anteriore: ma esso sollevò poco tempo dopo dalla sua attuazione le universali proteste dei commercianti, per la eccessiva severità con cui erano trattati i falliti: severità che moltiplicava gli spedienti rovinosi dei debitori insolventi e gli accordi privati diretti ad evitare la procedura troppo aspra del fallimento (20); il che era vero particolarmente riguardo al concordato, che anche il solo sospetto della bancarotta semplice rendeva impossibile. A ciò si aggiunga la incompletezza delle disposizioni riguardanti il nostro istituto, di cui non si diceva nulla quanto agli effetti riguardo ai coobbligati e fideiussori, e riguardo all'annullamento e risoluzione. Al difetto dell'eccessiva severità ed alle lacune lamentate si volle porre riparo colla riforma del diritto di fallimento elaborato nel 1838, colla quale si disciplinò più compiutamente e meno severamente anche il nostro istituto: e furono aggiunte disposizioni sul procedimento di omologazione, sugli effetti del concordato, sulla risoluzione e sull'annullamento. Del resto, il concetto fondamentale del concordato come modo *normale* di liquidazione restò immutato anche nella legge del 1838, della quale avremo occasione di fare nel corso della presente trattazione un'analisi continua e minuta.

39. Anche dopo il 1838 il nostro istituto fu tra quelli di tutto il diritto del fallimento che più tennero desta l'attenzione del legislatore francese. A prescindere dalla legge di scarsa importanza colla quale si disciplinò il concordato *per abbandono di attivo* (17 luglio 1856), notevole è in questo periodo la tendenza della legislazione francese, sospinta dai bisogni della pratica, verso il *concordato preventivo*. La rivoluzione del 1848 e la guerra del 1870 colle crisi economiche che ne derivarono, resero necessarii provvedimenti di carattere temporaneo, diretti ad alleviare le critiche condizioni del commercio francese: donde le due leggi del 22 agosto 1848 e 7 settembre 1870 (rinnovate con leggi 9 settembre e 19 di-

(19) V. anche **Locré**, *Esprit du Code de commerce*, VI, pag. 328.
(20) **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, I, pag. 68.

cembre 1871 fino al 13 marzo 1872). Secondo queste leggi, dette *sur les concordats amiables*, il debitore insolvente il quale prima che il suo fallimento fosse giudizialmente dichiarato, avesse ottenuto un concordato dalla maggioranza dei creditori, rappresentanti i tre quarti in somma dei crediti, poteva conservare l'amministrazione dei suoi beni, e procedere alla loro liquidazione insieme ai sindaci regolarmente nominati, sotto la sorveglianza del giudice-commissario, ma senza poter contrarre nuovi debiti (21). A queste leggi, che ebbero carattere meramente transitorio, si desiderò sempre, da parte del commercio francese, che succedesse una legge permanente, più completa e generale. Il che si ottenne finalmente colla legge 4 marzo 1889 sulle *liquidazioni giudiziarie*, colla quale si organizzò una procedura *preventiva* di liquidazione, avente per iscopo principale il concordato. Anche di questa legge dovremo parlare più ampiamente in seguito, quando diremo del concordato preventivo (22).

40. Il Belgio, che più tardi doveva seguire pedestremente la Francia nella legislazione del fallimento, la precedette invece nell'adottare questo istituto e nel disciplinarlo convenientemente; e perciò, mentre in Francia non si ha menzione del concordato in documenti legislativi prima dell'Ordinanza del 1673, già negli Statuti di Anversa del 1608 si disciplina il concordato di maggioranza per il quale si richiede la doppia maggioranza di tre quarti in numero e due terzi in somma (23). Più restìa ad accogliere il nostro istituto fu l'Olanda; ma l'Ordinanza di Amsterdam del 1659 (art. 14) stabiliva l'obbligatorietà dell' accordo stipulato dai tre quarti dei creditori rappresentanti i due terzi dei crediti, o dai due terzi dei creditori rappresentanti i tre quarti dei crediti (24). L'Ordinanza del 1777 costituì invece un regresso per la storia del nostro istituto in Olanda, giacchè all'art. 16 dichiarava non obbligatorio il concordato per i non assenzienti, quando vi avessero fatto opposi-

---

(21) Cfr. **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 69 e seg.; — **Boistel**, *Cours de droit commercial*, Paris, 1890, num. 1069; — **Biondi**, *Del concordato amichevole*, Napoli, 1891, pag. 23 e seg.

(22) V. più oltre num. 293 e 296.

(23) V. **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 450.

(24) V. **Kohler**, *Lehrbuch*, pagg. 450 e 451.

zione due, ed in certi casi anche un creditore, i cui crediti rappresentassero il 5 % del passivo (25). Colla dominazione francese (1795) fu introdotta nel Belgio e nell'Olanda anche la legislazione francese (Ordinanza del 1673 prima: Codice del 1808 poi); ed è per questo che classifichiamo il Belgio e l'Olanda fra i paesi di diritto francese. Infatti il Codice del 1808 esercitò un influsso durevole sulla legislazione dell'uno quanto dell'altro paese. La legislazione sul fallimento che i due Stati, separatisi nel 1830, si diedero, fu interamente calcata sul modello francese: il *Wetboek van Koophandel* olandese del 1038 ebbe a modello il Codice del 1808, e la legge belga sul fallimento del 1851, la legge francese del 1838.

Non è che nell'ultimo ventennio che la legislazione belga e quella olandese, tendono a staccarsi dal tipo francese per assumere fisionomia e caratteristica propria. Prova di questa tendenza sono nel Belgio le due leggi 20 giugno 1883 e 29 giugno 1887, colle quali, precorrendo la Francia, venne introdotto prima a titolo provvisorio, e poi definitivamente, l'istituto del *concordato preventivo;* e in Olanda la recente legge sul fallimento del 30 settembre 1893, in vigore dal 1° settembre 1896, comune ai commercianti ed ai non commercianti, e che pende piuttosto verso il tipo tedesco (26).

§ 3. — Il concordato in Ispagna e nei paesi di diritto spagnuolo.

Sommario: 41. Il concordato in Ispagna nei secoli XVI, XVII e XVIII. — 42. Il Codice di commercio del 1829 e quello del 1885 e le *leyes de enjuntamiento civil* del 1855 e del 1881. — 43. Altro Codice di tipo spagnuolo.

41. Il concordato, di cui abbiamo trovato menzione nelle *Costumanze* di Tortosa del secolo XIII e nella *Ley de Siete Partidas* del secolo XV, viene disciplinato in Ispagna abbastanza compiutamente dalla *Prammatica* del 18 luglio 1590: il debitore il quale voglia ottenere un concordato remissorio o dilatorio dai suoi creditori, deve costituirsi in carcere e presentare tutti i suoi libri, con un elenco giurato di tutti i suoi beni, diritti, azioni e debiti; l'accordo è valido se viene accettato dalla maggioranza in numero

(25) V. **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 451.
(26) Su questa legge v. **Suylling**, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XLVI (1891), pag. 101-106.

ed in somma dei creditori: ma il debitore non può uscir di carcere finchè i patti non siano approvati in giustizia ed egli non abbia dato garanzie sufficienti per la completa esecuzione dell'accordo. Il contratto è nullo e il fallito viene considerato come bancarottiere fraudolento *(alzado)* e punito in conseguenza, quando abbia dissimulato parte dell'attivo e del passivo, o esagerato il passivo creando crediti fittizi, o pagato segretamente qualche creditore per ottenerne il voto nel concordato (1).

Queste disposizioni della *Prammatica* vennero, sulle traccie del diritto comune, completate dalla dottrina spagnuola dei secoli XVII e XVIII. La dottrina stabilì che i creditori dovessero riunirsi in un luogo e deliberare congiuntamente sulle proposte di concordato: volle che la convocazione dell'assemblea fosse fatta dal giudice ad istanza del fallito (2): dichiarò non obbligatorio per la minor parte

(1) Pragmatica del 1590, XI, 22, cap. 7, nella *Novissima Recopilacion de las leges de España*, Paris, 1846, IV, pag. 503.

(2) **Salgado de Somoza**, *Labyrinthus creditorum concurrentium*, Venetiis, 1686, Pars. II, cap. secundus, num. 6: " Tamen speciale est in concursu creditorum, ut in iis quae omnes tangunt maior creditorum pars attendatur, et minori praevalet in nonnullis, *et omnes sint in uno loco congregandi ad ea tractanda* „. — A torto dunque il **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 449, afferma che in Ispagna i creditori non dovevano radunarsi, ma potevano consentire separatamente al debitore la remissione o dilazione. Egli cita un passo del **Somoza**, II, cap. 30, num. 71: " nam semper debitores inducias postulant a singulis separatim creditoribus, et privatim et postquam maioris partis assensum habent, illum superiori decreto confirmari procurant, uti deinceps tuti sint, adversus minorem partem „. — Questo passo si riferisce non al concordato vero e proprio, ma alle *induciae quinquennales;* pel concordato la necessità della convocazione ci è attestata anche da altri scrittori, i quali dicono che la convocazione deve essere fatta dal giudice ad istanza del debitore: v. **Rodriguez**, *Tractatus de concursu et privilegiis creditorum*, cum scholiis **B. M. Bertoli**, Genevae, 1645: " Praeterea et diverso alio modo solet a debitore intentari et fieri dilatio ad ista solvendum et satisfaciendum suis creditoribus, vulgo *pleito de espera de accreedores*, videlicet praesentando coram iudice memoriale quoddam suorum creditorum, simul cum petitione quadam, qua ipse debitor dicit, se necessitatibus oppressum, et laboribus obstrectum, suis creditoribus solvere minime posse nisi ab eis dilatio ad solvendum praestetur, *quapropter a Judice petat quod iubeat eos convenire et congregare in certo loco assignando eis diem et hora ad id conferendum*, et in qua cum eis hoc agere possit; *tunc iudex assignat illi diem, horam et locum et praecipit illis coadunari et cum simul convenerint* et cum debitore, tractaverunt aut de dilatione aut remissione debiti ei facienda ecc. „.

il concordato nel quale si fosse fatto un trattamento disuguale ai varî creditori, favorendosene alcuni a danno di altri (3); e tenne obbligato il debitore in caso di ritorno a miglior fortuna, a pagare ai creditori concordatari il residuo loro credito (4). La compilazione più recente dell'Ordinanza di Bilbao (1737) determinò in tre quarti in numero e due terzi in somma la maggioranza necessaria per la obbligatorietà dell'accordo (5).

Così restò regolato il nostro istituto in Ispagna fino alla codificazione del 1829. Anche in Ispagna la natura contrattuale del concordato non era posta in dubbio: e la dottrina faceva anche qui discendere dalla esistenza della comunione creditoria l'obbligatorietà dei patti stipulati dalla maggioranza nell'interesse comune (6).

42. Il Codice del 1829, che dedicava la sezione X del libro IV al concordato, benchè compilato sul modello francese, se ne discosta principalmente nel concetto fondamentale del concordato. Il

---

(3) **Salgado de Someza**, *Labyrinthus creditorum concurrentium*, Pars secunda, cap. II, num. 80 e 83: " Quoniam tunc attenditur maior pars creditorum in praeiudicium minoris partis, quando agitur de modo et forma exigendi a debitore fallito et ex eius bonis, quando damnum seu utilitas communicabilis est omnibus creditoribus consentientibus et non consentientibus *simul et aequaliter pro rata* uniuscuiusque crediti et sic quando damnum est universale; prout expresse monstratur in casibus tantorum iurium... Et in terminis, quod pactum inaequale omnibus creditoribus appositum per maiorem partem creditorum non admittatur in praeiudicium minoris partis, cum debeat omnium creditorum par esse fortuna ".

(4) **De Hevia**, *Labyrinthus commercii terrestri et navalis*, Florentiae, 1702, cap. XXVI, num. 22, pag. 160: " Et notandum est, quod licet liberationes et remissiones partis debitorum, quae creditores debitori decocto fecerint, validae sunt, si postea debitor ad meliorem fortunam redierit, possunt illi recuperare, et exigere ab illo quidquid ei remiserint ".

(5) Cfr. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 113.

(6) **Salgado de Somoza**, *Labyrinthus creditorum concurrentium*, Pars secunda, cap. II, num. 67: " Ultima specialitas est, quod licet corpus bonorum excursus et creditorum tangat omnes creditores ut singulos, et propterea nec debeant alias in unum congregari, prout abunde per Nicolam Garciam, *De beneficiis, 5 pars, cap. II, ad num. 222*, in quo omnium requiritur consensus et approbatio, nec non citatio, nec factum maioris partis etiam minoris partis praeiudicat, ex regula iuris, quod omnes tangit ab omnibus debet approbari. *At quando negotium pertinet ad plures uti universos, vel in communi veluti ad collegium,* sufficit maior pars et consensus maioris partis ".

concordato non è più, come nel *Code de commerce,* il modo *normale* di liquidazione: l'assemblea dei creditori per il concordato non pone più termine ad un primo periodo del fallimento, per aprire il secondo: quello della liquidazione forzata, solo in caso di rigetto del concordato. L'accordo del debitore coi creditori viene invece considerato come un mezzo *straordinario* di porre termine al concorso, restando fine normale del fallimento la liquidazione forzata dei beni e la ripartizione delle somme ricavate tra i creditori. Ma la particolarità più importante della legislazione spagnuola di questo periodo è la organizzazione di un *concordato preventivo* per i creditori non commercianti (*ley de enjuntamiento civil* del 1855).

Mutamenti poco sostanziali nella nostra materia apportò la legge *de enjuntamiento civil* del 1881, nella quale (art. 1130-1156) il concordato preventivo pei non commercianti è mantenuto all'incirca colle stesse norme. Più notevole per la storia del nostro istituto è il Codice di commercio del 1885, principalmente per la istituzione di uno stato intermedio fra la solvenza e la non solvenza, la così detta *suspension de pagos*, diretta ad ottenere un *concordato preventivo*; e per la regolamentazione con norme speciali e più appropriate del fallimento e del concordato delle società ferroviarie ed altre imprese di servizi pubblici. Il procedimento di concordato preventivo *(suspension de pagos)* è così organizzato: quando il commerciante non è in grado di far fronte alle sue scadenze, o di saldare tutto il suo passivo, deve fare una dichiarazione di sospensione dei pagamenti entro 48 ore al più tardi dalla sospensione del servizio di cassa (art. 870). Dichiarato lo stato di sospensione, il debitore deve proporre un concordato entro i dieci giorni successivi: il concordato si presenta, si discute e si approva colle norme stabilite per il concordato di fallimento (art. 871): se il concordato è rigettato, o non si è potuto raccogliere la maggioranza per approvarlo, ogni creditore è libero di esercitare i suoi diritti (art. 873). Per le società ferroviarie ed esercenti imprese di lavori pubblici, gli articoli 938 e seguenti dispongono una procedura di concordato preventivo, analoga alla *suspension de pagos*, ma più efficace e meglio organizzata: si vieta l'interruzione del servizio (art. 931) e si dànno quattro mesi di tempo per la presentazione del concordato. Quanto al concordato ordinario di fallimento, la regolamentazione del Codice del 1885 si accosta assai a quella della legge francese del 1838, da cui però differisce quanto

al concetto fondamentale: il concordato vi è considerato come un mezzo *straordinario* di terminare il fallimento, *accanto* alla liquidazione forzosa, che è invece lo scopo finale e principale del procedimento. Di conseguenza il concordato può concludersi in qualunque momento della procedura, purchè dopo la verificazione dei crediti e la qualificazione del fallimento (art. 898).

Anche della legislazione spagnuola verremo esaminando a suo tempo le più rilevanti particolarità.

43. Con maggiori o minori differenze, al tipo spagnuolo si accosta quanto al nostro istituto anche il Codice *portoghese* (libro IV, titolo IV) che riconosce anch'esso un *concordato preventivo* ed un *concordato di fallimento*, disciplinati però ambedue con qualche maggior rigore; — e così pure vi si accostano i Codici delle Repubbliche sud-americane: quello della Bolivia (1834), del Perù (1853), del Venezuela (1862), del Chilì (1865), della Columbia (1887), del Brasile (1850, rif. nel 1890), dell'Argentina (1889): questi ultimi due ispirati anche alla legge francese del 1838.

§ 4. — **Il concordato in Germania e nei paesi di diritto germanico.**

Sommario: 44. Il concordato nella legislazione dei vari Stati germanici nei secoli XVI, XVII e XVIII. — 45. Il diritto comune. — 46. Le due *Konkursordnungen* del 1877 e 1898. — 47. Il concordato in Austria.

44. L'influenza della legislazione italiana, che aveva fatto sorgere anche in Germania la pratica del nostro istituto, riconosciuto e disciplinato fin dal XIII secolo negli ordinamenti della città di Lubecca, andò gradatamente scemando a partire dal XVI secolo, col declinare della fortuna commerciale delle nostre città. La *Nürnberger Reformation* del 1522 (1) abolisce la consuetudine fino allora vigente, per la quale la maggioranza poteva far remissione di una parte del debito, e prescrive che la maggior parte possa consentire soltanto, con effetto obbligatorio per la minoranza, una dila-

(1) La *Reformation* del 1484 non conteneva questa disposizione: v. **Stobbe**, *Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses*, pag. 80, nota 131; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 37, nota 2.

zione di cinque anni, a patto che il debitore e la maggioranza assicurino mediante pegni o fideiussioni alla minoranza il pagamento totale allo scadere della dilazione (2). — E a Lubecca stessa, che era stata la culla del concordato in Germania, la riforma degli statuti locali avvenuta nel 1586 abolisce il concordato di maggioranza (3).

Questa tendenza a non riconoscere il concordato di maggioranza se non con grandi restrizioni domina generalmente nella legislazione dei varî Stati germanici nei secoli XVI, XVII e XVIII. Un esame sommarissimo delle diverse leggi emanate successivamente nei varî Stati ci fornirà la prova di una tale tendenza, continuata, si può dire, fino all'Ordinanza tedesca del 1877. A Norimberga il sistema inaugurato colla riforma del 1522 fu sostanzialmente riprodotto nella riforma del 1564, la quale nell'art. 7 del titolo 12 stabiliva esplicitamente che " nessun creditore può essere contro la sua volontà obbligato ad aderire o seguire un contratto stipulato da altri creditori, qualunque sia il loro numero e l'ammontare dei loro crediti. Solo quando un debitore fuggitivo o anche presente abbia ottenuto dalla maggior parte dei creditori una dilazione o termine per il pagamento, con o senza remissione di una parte del debito, deve la minor parte, restando invariato il suo credito, accettare solo i termini pattuiti fino al massimo di cinque anni, dietro convenienti garanzie " (4). — Ad *Amburgo,* il cui precedente Statuto del 1292 si era mostrato poco favorevole al nostro istituto (5), si era nel XVI secolo infiltrata la consuetudine degli accordi di maggioranza (6): ma lo Statuto del 1603, condotto completamente sulle traccie della *Nürnberger Reformation* del 1564, non riconobbe il concordato remissorio di maggioranza, ammet-

(2) *Nürnberger Reformation* von 1522, cap. XXII, art. 8 (in **Stobbe**, *Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses*, pag. 80).

(3) *Revidirte Lübische Stadtrecht*, III, 1, art. 13: " Wurde einer in Schulden vertiefft mit seinen Creditorn sich vergleichen, und etliche der Creditorn darinnen nicht begriffen sein wolten, so stehet, denselben frey, den Schuldener mit Recht zu verfolgen " (in **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pag. 79).

(4) Cfr. **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, Erlangen, 1827, § 213, pag. 454, nota *z*.

(5) **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pag. 77.

(6) **Baumeister**, *Blicke auf einzelne Gegenstände des Hamburgischen Rechts*, Hamburg, 1852, pag. 268 e seg.

tendo solamente una dilazione quinquennale, contro costituzione di idonee garanzie (7). Molto diverso è il concetto della *Neue Fallitenordnung* di Amburgo del 1753, ispirata direttamente dalla necessità della pratica e dalla dottrina del diritto comune, che aveva, dopo molti contrasti, accettato il principio della remissione forzosa. Secondo questa legge, assai ben fatta e precisa, la procedura di fallimento doveva essere preceduta da una procedura di concordato, nella quale si formava, con apposite norme, la massa dei creditori, divisa in varie classi, secondo i loro diritti di preferenza; ognuna delle quali votava a maggioranza sulle condizioni proposte dal debitore. Quando la percentuale offerta fosse stata inferiore ad una determinata cifra, la maggioranza richiesta era dei $^3/_4$ (8). Quando il dividendo offerto avesse raggiunto quella cifra (40 e 30 % ai creditori privilegiati: 20 % ai chirografari) non era neppur necessaria tale maggioranza (9). Questa Ordinanza fu in vigore ad Amburgo fino alla Ordinanza germanica del 1877. — A *Francoforte* il principio della obbligatorietà dell'accordo fu accettato dalla *Reformation* del 1609, la quale, nel *titolo* II, art. 12, stabiliva che, quando la maggioranza in numero e somma ha consentito al debitore caduto per disgrazia in istato di insolvenza, un accordo, e l'accordo è stato approvato dall'autorità, questo è obbligatorio anche per i creditori che non hanno voluto sottoscriverlo (10). La *Prozessordnung* di Francoforte del 7 ottobre 1812 (art. 547) richiedeva invece, per l'obbligatorietà dell'accordo, la maggioranza dei creditori in numero, rappresentante i tre quarti dei crediti: esclusi dal computo i creditori privilegiati ed ipotecari (11): ma qui evidentemente già si sente l'influsso del Codice di commercio francese.

In Baviera il *Codex iudiciarius bavaricus* del 1753 (titolo XIII, art. 14) sancisce il principio della obbligatorietà così dell'accordo-

---

(7) *Hamburger Stadtrecht* von 1603, libro I, tit. 43, art. 4, 6, 9 e 10: v. **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pag. 77; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 38.

(8) Cfr. **Guariglia**, *Concordato*, pag. 101; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 38.

(9) **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 38. Il **Kohler** si limita a dire, riferendo le disposizioni della *Fallitenordnung:* " Der Akkord est bindend, wenn $^3/_4$ der Glaübiger zustimmen: aber auch ohne dieses, wenn gewisse Prozentsätze erreicht werden ". Ma la maggioranza semplice doveva esser sempre necessaria.

(10) **Stobbe**, *Zur Geschichte*, pagg. 78 e 80; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 39.

(11) **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, § 214, pag. 457.

remissione, come dell'accordo-dilazione: tutti i creditori, anche i privilegiati ed ipotecari, sono chiamati a deliberare sul concordato: e decide la maggioranza dei creditori aventi diritti poziori; anche i creditori privilegiati ed ipotecari sono tenuti all'accordo, quando questo è stato consentito dalla maggioranza dei creditori aventi diritti di preferenza migliori o eguali ai loro (12). — Meno favorevolmente è guardato il nostro istituto dall'Ordinanza processuale bavarese del 1869, la quale consente bensì il concordato di maggioranza, ma tiene obbligati soltanto i creditori assenti: se dei presenti uno solo dichiara di non aderire, il concordato va a monte (art. 1316) (13).

L'*Allgemeine Gerichtsordnung* prussiana del 1793 disciplina due specie di concordati: quello preventivo, che però non obbliga mai la minoranza dissenziente, alla quale resta sempre il diritto di far aprire il concorso: e quello *posteriore* all'apertura del concorso, in cui la maggioranza in *somma*, e a parità di somma, la maggioranza in numero, obbliga anche la minoranza dissenziente (Parte I, titoli 49 e 50, abschn. 6) (14). — Più chiaramente e meglio disciplinò il concordato la *Konkursordnung* prussiana del 1855, che vi dedicava tutta la settima sezione del titolo secondo. Caratteristica di questa legge è la distinzione tra commercianti e non commercianti, pei quali sono dettate norme diverse sia quanto all'apertura sia quanto alla chiusura del procedimento concursuale: in particolare il concordato è ammesso soltanto nel concorso commerciale, non nel concorso civile (§ 338). La maggioranza necessaria per la conclusione dell'accordo è della metà più uno dei creditori *presenti*, rappresentante i tre quarti dei crediti (§ 186); l'accordo deve essere omologato dal giudice ed obbliga tutti i creditori (§§ 190 e 197); non è ammesso concordato per le società anonime (§ 285); non è ammesso concordato nel caso di bancarotta fraudolenta (§ 189).

---

(12) " Was nämlich der mehrere Theil der Gläubiger dem Schuldner an gewissen Zahlungsfristen und Nachlassen gerichtlich oder aussergerichtlich sammt oder sonders bestimmt, das muss sich auch der mindere Theil von gleich oder weniger befreiten Gläubigern gefallen lassen ". V. **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, § 216, pagg. 460 e 461.

(13) V. **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 44.

(14) **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, § 217, pag. 463 e seg.

45. Accanto a tutte queste leggi che si succedevano e s'intrecciavano nei varî Stati germanici, vigeva il diritto comune, elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in base ai testi romani, alle leggi ed alle consuetudini generali dei diversi paesi. Particolare influenza sulla dottrina tedesca del diritto comune ebbe la legislazione statutaria e la dottrina italiana (15), sulla scorta delle quali, interpretando ed estendendo i testi romani, essa creò una completa disciplina giuridica del nostro istituto. Ecco, nelle sue linee fondamentali, il sistema del diritto comune germanico, formatosi nella seconda metà del secolo XVII e durato in vigore fino al 1877, anno della promulgazione della legge generale sui concorsi germanica (16):

Il diritto comune ammetteva anzitutto come principio fondamentale in questa materia che le deliberazioni della maggioranza colle quali si concede una dilazione o una rimessione al debitore insolvente, a condizioni eguali per tutti i creditori, prima o durante il concorso, obbligano, intervenuta l'approvazione giudiziale, anche la minoranza. La maggioranza si calcola secondo l'ammontare dei crediti, e quando questo sia uguale, secondo il numero delle persone. Dagli effetti del concordato restano esclusi i creditori con privilegio od ipoteca (17). Il concordato può essere concluso tanto

---

(15) **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 86.

(16) Il concordato ebbe nella dottrina del diritto comune una letteratura notevole, v.: **Lanterbach**, *Praeiudiciale pactum remissorium maioris partis creditorum*, Tubingen, 1667; — **Böhmer**, *De pacto remissorio moto concursu*, in *Exercitationes ad Pandectas*, V, ex. 89; — **Werenberg**, *Pactum remissorium maioris partis creditorum chirographariorum in concursu creditorum non esse iuris romani*, Halae, 1729; — **Lennep**, *De pacto quod vocant praeiudiciali*, Marburg, 1745; — **Bauer**, *Dissertatio de pacto remissorio ante motum Concursum in Foro Saxone*, Lipsia, 1755; — **Völderndorff** und **Waradein**, *Entwas von Nachlassverträgen*, Erlangen, 1788; — e tutti i trattatisti di diritto comune consursuale: v. **Dabelow**, *Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse*, Halle, 1792-1795; 2ª ed., Halle, 1801, pag. 559 e seg.; — **Schweppe**, *System des Concurses der Gläubiger*, Göttingen, 1829, § 12 e seg., pag. 38 e seg.; — **Bayer**, *Theorie des Concurs-Processes*, München, 1836, §§ 37 e 38, pag. 113 e seg.; — **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, Erlangen, 1827, § 208 e seg., pag. 440 e seg.; — **Günther**, *Der Concurs der Gläubiger nach gemeinem deutschen Rechte*, 2ª ediz., Leipzig, 1852, pagg. 13 e 99 e seg.; — **Fuchs**, *Concursverfahren*, Marburg, 1863, § 14, pag. 80 e seg.

(17) V. **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, pag. 450; — **Schweppe**, *System des Concurses der Gläubiger*, pag. 34 e seg.; — **Bayer**, *Theorie des Concurs-Prozesses*, pag. 119; — **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 86 e seg.

prima quanto dopo l'apertura del concorso (18): ma deve in ogni caso essere concluso giudizialmente. La domanda per l'apertura del procedimento di concordato può essere fatta non solo dal debitore, ma anche da uno dei creditori (19). Presupposto necessario del concordato è l'incapacità a pagare del debitore (20): non è necessario che l'insolvenza sia fortuita: anche in caso di insolvenza colpevole è possibile il concordato (21). Il tribunale concursuale deve convocare tutti i creditori chirografari: la riunione si tiene sotto la condotta del tribunale (22) e la maggioranza decide. La deliberazione della maggioranza deve conferire eguali diritti a tutti i creditori (23): nè può rimettere al debitore la totalità del credito (24). Perchè la minoranza resti vincolata è necessario un decreto del giudice (25). Il calcolo della maggioranza si fa come nel diritto romano: maggioranza in somma, ed a parità di somma, maggioranza in numero: a parità dell'uno e dell'altra, prevalenza della *humanior sententia*. La *dignitas* soltanto non si tiene più in calcolo (26). In caso di inadempimento

---

(18) **Bohemer**, *Exercitationes ad Pandectas*, ex. 89, § 25; — **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, pag. 450: — **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 89.

(19) **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 89.

(20) **Dabelow**, *Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse*, pag. 560; — **Schweppe**, *System des Concurses der Gläubiger*, § 20, pag. 41, *sub* 2; — **Bayer**, *Theorie des Concurs-Processes*, § 39, pag. 119, *sub a*); — **Fuchs**, *Concursverfahren*, § 14, pag. 90, *sub b*).

(21) Su questo punto veramente c'era dissenso: ritenevano possibile il concordato: **Schweppe**, *System*, § 20, pag. 41; — **Pfeiffer**, *Praktische Ausführungen*, III, 10, VIII, 125; — **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 90; — non lo ritenevano possibile: **Dabelow**, *Lehre vom Concurse*, pag. 559; — **Bayer**, *Theorie*, § 39, nota 5.

(22) **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 92, *sub d*).

(23) **Dabelow**, *Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse*, pag. 567; — **Schweppe**, *System*, § 20, pag. 42, *sub* 4); — **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, § 212, pag. 451; — **Bohemer**, *Exercitationes ad Pandectas*, V, exerc. 89, § 11; — **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 93.

(24) **Werenberg**, *Pactum remissorium*, § VIII; — **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, § 212, pag. 461, *sub* 4); — **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 93.

(25) **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, pag. 451, *sub* 5); — **Schweppe**, *System des Concurses der Gläubiger*, pag. 42, *sub* 5); — **Bayer**, *Theorie des Concurs-Processes*, pag. 116; — **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 94.

(26) **Dabelow**, *Ausführliche Entwickelung*, pag. 559; — **Puchta**, *Ueber den Concursprozess*, pag. 450; — **Kori**, *System des Concursprozesses*, Leipzig, 1807,

da parte del debitore, il concordato si risolve, e i creditori rientrano nell'integrità dei loro diritti (27).

46. Diritto comune e leggi locali cessarono di aver vigore in Germania colla promulgazione della *Konkursordnung* del 10 febbraio 1877, attuata dal 1° ottobre 1879. Questa legge, modello di precisione, di sistema, di completezza, dedica al concordato tutto il sesto titolo del secondo libro (§§ 160-188): essa estende il concordato di maggioranza anche ai non commercianti, come tutto il procedimento concursuale: ma non lo consente che dopo l'apertura del concorso. — Queste sono le due caratteristiche principali del nostro istituto nella legge concursuale germanica, la quale, messa in armonia col Codice civile dell'impero, e leggermente ritoccata, fu pubblicata in un nuovo testo il 17 maggio 1898. Ne verremo esaminando le più importanti disposizioni parallelamente a quelle del nostro Codice di commercio, nel seguito della presente trattazione.

47. In Austria già la *Wechselordnung* del 1717 (art. 53) disciplinava il concordato di maggioranza, richiedendo una maggioranza dei due terzi dei creditori: della semplice maggioranza (metà più uno) si accontentarono invece le due *Fallitenordnungen* del 1734 e 1756. L'Ordinanza concursuale del 1781 invece non riconobbe la possibilità di un concordato di maggioranza che nel caso in cui un terzo si fosse accollato il pagamento della percentuale promessa dal debitore. La *Concursordnung* del 1869 ammise il concordato di maggioranza pei soli commercianti, seguendo l'esempio della Ordinanza prussiana del 1855, sulla quale è generalmente calcata. — Anche nell'Ordinanza austriaca (di cui diremo in seguito le particolarità più importanti) non è possibile concordato di maggioranza che dopo l'apertura del concorso (28). Nella ordinanza concursuale *ungherese* del 30 maggio 1881 (§§ 199 a 236)

---

§ 88, pag. 162; — **Bayer**, *Theorie des Concurs-Prozesses*, pag. 117; — **Schmid**, *Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses*, Kiel, 1845, III, pag. 273, nota 74; — **Fuchs**, *Concursverfahren*, pag. 94.

(27) **Fuchs**, *Concursverfahren*, pagg. 94 e 95, *sub g*).

(28) Cfr. **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 451, nota 3; — **Kaserer**, *Kommentar zur österreichischen Concursordnung*, Wien, 1869, pagg. 4 e 6 e seg.; 246 e seg.

troviamo il concordato esteso anche ai non commercianti, e non riconosciuto altro concordato di maggioranza che dopo la dichiarazione di fallimento.

§ 5. — Il concordato in Inghilterra.

Sommario: 48. Le origini del concordato in Inghilterra e il suo svolgimento fino alla legge del 1883. — 49. La legge del 1883 e le leggi successive del 1887 e del 1890.

48. La prima menzione del concordato in Inghilterra si trova in uno Statuto di Giacomo I (1603-1625) che ne parlava nel cap. 19, sezione 2ª (1). Nello Statuto 6 Giorgio IV, c. 10 (1825) per il concordato di maggioranza era richiesto l'assenso dei nove decimi in numero e somma dei creditori (2); il *Bankrupt Law consolidation act* del 1849, mantenendo la maggioranza di nove decimi per il concordato *posteriore* alla dichiarazione di fallimento, si accontentò della maggioranza di tre quinti, per il concordato *anteriore*, stipulato in forma giudiziale, cioè coll'assistenza della Corte: e della maggioranza di sei settimi per il concordato *preventivo* concluso stragiudizialmente, quando però nel concordato fosse convenuta la cessione e ripartizione di tutto l'attivo (3). Il *Bankruptcy Act* del 1861 ridusse la maggioranza a tre quarti dei crediti per il concordato *preventivo*, nè richiese più la cessione dell'intero patrimonio: e quello del 1869 a tre quarti anche nel concordato posteriore alla dichiarazione di fallimento. In ambedue le leggi, quella del 1849 e quella del 1869, particolarmente interessanti a notarsi erano le due forme di liquidazione amichevole mediante le quali debitore e creditore potevano evitare la dichiarazione di fallimento. Il debitore che voleva liquidare giudizialmente la sua azienda, senza però incorrere nella dichiarazione formale di fallimento, doveva indirizzare alla corte una richiesta di convocazione dei creditori. Nella riunione, il debitore esponeva la sua situazione e depositava il bilancio:

---

(1) Di questo Statuto si trova menzione in **Cunningham**, *The Merchants Lawyer or the Law of Trade in general*, London, 1762, pag. 217, num. 35, e pag. 308, num. 196.

(2) **Renouard**, *Faill.*, éd. belge, pag. 65.

(3) V. **Guariglia**, *Concordato,* pagg. 105 e 106.

quindi i creditori votavano una *special resolution* colla quale potevano deliberare o la liquidazione stragiudiziale dei beni del debitore *(liquidation by arrangement)* oppure un accomodamento mediante riduzione dei crediti o convenienti dilazioni *(composition with creditors)*. La deliberazione era valida quando fosse stata approvata dalla maggioranza in numero dei creditori rappresentante i tre quarti dei crediti, in due votazioni successive fatte a distanza variabile da otto a quattordici giorni (4). Questa procedura *preventiva* fece pessima prova, mancando una regolare e sicura verifica dei crediti che garantisse la sincerità della maggioranza. E perciò la legge successiva del 1883 abolì e la *liquidation by arrangement* e la *composition with creditors* (5).

49. La legge del 1883, tuttora vigente, disciplinò due specie di concordato: un *concordato preventivo* ed un concordato *posteriore alla dichiarazione di fallimento*. È noto, che nell'organismo della legge inglese, non si procede alla *definitiva dichiarazione del fallimento* di un debitore insolvente, nè si apre la liquidazione dell'attivo e del passivo, se non dopo un'adunanza *provvisoria* o *preliminare* avente per iscopo di accertare il vero stato delle cose, di emanare provvedimenti transitori per la conservazione del patrimonio del debitore, e di dar tempo agli interessati di concludere un accordo atto ad evitare la procedura di fallimento (art. 5 e seg.). Emanata l'ordinanza provvisoria, i creditori sono convocati in una adunanza generale (art. 15), nella quale, o in altra successiva, possono deliberare di entrare in trattative per un concordato *(composition or scheme of arrangement)*: il concordato obbliga la minoranza quando è accettato dalla maggioranza in numero dei creditori rappresentante i tre quarti dei crediti ed è approvato dalla Corte (art. 18). Se il concordato non si conclude o non è approvato, la Corte dichiara il fallimento: dopo di che può ancora concludersi un concordato, alle stesse condizioni e cogli stessi effetti del concordato preventivo (art. 20 e 23).

Per combattere i concordati amichevoli stragiudiziali, coi quali si frodavano dai debitori disonesti i creditori spaventati dalle lungaggini della procedura di fallimento, una legge 16 settembre

---

(4) V. **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 286 e seg.
(5) **Guariglia**, *Concordato*, pag. 107.

del 1887 sui concordati amichevoli *(Deed of Arrangement Act)* ordinò la registrazione di tutti gli atti coi quali si stabiliscono accordi amichevoli tra debitore e creditori, dichiarandosi nulli tutti gli atti non registrati. Una successiva legge del 1890 dichiarò *atto di fallimento*, cioè causa autorizzante la dichiarazione di fallimento ogni proposta di concordato stragiudiziale. E contemporaneamente per facilitare i concordati giudiziali, venne abolita la seconda votazione per l'accettazione dello *Scheme of arrangement* giudiziale (6).

RISULTATI

50. Delineato così, a grandi tratti, lo svolgimento storico del nostro istituto, in Italia e nei più importanti Stati d'Europa, possiamo brevemente riassumere nei seguenti punti, i risultati delle nostre indagini:

a) Il concordato non ebbe origine in Roma: il diritto romano conobbe bensì istituti, come il *pactum ut minus solvatur* e le *quinquennales induciae* concesse dal Principe, analoghi, nella struttura esterna, al nostro concordato: ma questo nacque e si svolse dalla consuetudine, e dagli statuti municipali delle città italiane fu per la prima volta disciplinato legislativamente.

b) Dall'Italia, dove nacque e si svolse, il nostro istituto si propagò prima in Germania, a mezzo delle città anseatiche, di cui più vivi e frequenti erano i rapporti colle piazze commerciali italiane, poscia in Ispagna e da ultimo in Francia.

c) La dottrina, ligia ai testi romani, fu molto restìa ad accogliere il nuovo istituto: e solo in epoca relativamente recente, pressata dai bisogni pratici, sospinta dalla consuetudine, cercò di dedurre dai testi del *Corpus iuris* i principî necessari per la disciplina giuridica del concordato, che già due o tre secoli prima le leggi municipali avevano regolato in modo quasi perfetto.

d) L'obbligatorietà del concordato di maggioranza non ha mai tolto al nostro istituto il carattere prettamente contrattuale che lo informa: ed i pochi autori che si occupano della sua natura

---

(6) Cfr. **Mittermaier**, *Englische Handelsgesetzgebung vom Jahre 1890*, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXXIX, pag. 538 e seg.

giuridica, tutti concordemente ricollegano l'obbligatorietà delle deliberazioni di maggioranza all'esistenza della comunione creditoria.

e) Nelle legislazioni vigenti, tre più importanti tendenze si possono rilevare riguardo al nostro istituto, da cui deriva una classificazione delle diverse leggi concursuali in tre grandi categorie:

α) *Sistema germanico.* — Nessun concordato obbligatorio fuori del fallimento e prima della dichiarazione di fallimento. A questo sistema appartengono: l'Ordinanza germanica del 1898, l'Ordinanza austriaca del 1868, la Legge ungherese del 1880 ed in fondo, anche la legislazione italiana, la quale, finora non conosce altro concordato obbligatorio che quello di fallimento.

β) *Sistema latino.* — Organizzazione di un procedimento *facoltativo* diretto alla conclusione di un concordato, *prima della dichiarazione del fallimento* (Francia, Belgio, Spagna, Portogallo ed anche Svizzera) (1).

γ) *Sistema inglese.* — Organizzazione di un procedimento preliminare per la *dichiarazione del fallimento, obbligatorio in ogni fallimento,* durante il quale debitore e creditori *possono* concludere un concordato di maggioranza.

---

(1) La legge svizzera sulla *esecuzione per debiti e il fallimento* dell'11 aprile 1889 (in vigore dal 1° gennaio 1892) appartiene veramente, per carattere generale e per tipo, piuttosto al sistema germanico: ma riguardo al concordato se ne stacca risolutamente: essa organizza una procedura preventiva di concordato (art. 293 e seg.) *facoltativa,* e che dà luogo al fallimento quando il concordato non riesca (art. 309). — V. in seguito num. 294.

TITOLO TERZO

Natura giuridica del concordato

(in ispecie: del concordato obbligatorio).

---

51. La nota fondamentale comune al concordato amichevole ed a quello obbligatorio, che li raggruppa in un'unica categoria e li riunisce nella trattazione sistematica, è la loro natura essenzialmente contrattuale.

Nella dottrina del fallimento che appartiene, quasi per intero, al diritto formale, il concordato deve ricollegarsi piuttosto con la teoria generale delle obbligazioni. Questo collegamento, fecondo di utili risultati, noi ci proponiamo appunto di fare al fine di cogliere l'intima natura del nostro istituto; di questo istituto che gli autori, con intuito poco felice, sogliono considerare soltanto come un episodio della procedura di fallimento.

Sulla natura contrattuale del concordato amichevole, non v'è dissenso (1); ma le opinioni sono divise sulla natura del concordato obbligatorio.

L'ostacolo dinanzi al quale si sono arrestati gli autori e che li ha indotti a dubitare, se il concordato obbligatorio possa farsi rientrare nel campo contrattuale, è, naturalmente, l'effetto particolare che il concordato di maggioranza produce di fronte agli assenti o dissenzienti. Un contratto che lega chi non vi ha aderito o chi da esso ha esplicitamente dissentito, esce dal concetto tradizionale che, per l'esistenza del negozio giuridico bilaterale, richiede l'incontro di due o più dichiarazioni di volontà. Quindi le dottrine dirette a spiegare le anomalie del nostro istituto di fronte ai principî del diritto delle obbligazioni, si sono moltiplicate. Alcune hanno tentato,

---

(1) Cfr. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 118; — **Salvia**, nel *Filangieri*, 1885, 668 e seg.; — **Lanni**, nel *Filangieri*, 1891, 385 e seg.; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, vol. VII, pag. 533, n. 652; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., n. 1667.

in varie guise, di far rientrare il concordato nel campo dei contratti (teorie *contrattuali*). Altre hanno preferito di dichiararlo un istituto di natura processuale, più o meno estraneo al diritto delle obbligazioni (teorie *processuali*). Altre hanno voluto conciliare le due opposte tendenze, fondando sul *contratto* l'obbligazione della maggioranza assenziente, e sulla *legge*, quella della minoranza assente o dissenziente (teorie *della obbligazione legale*).

La grande importanza teorica di questa ricerca è manifesta. Ma notevole ne è anche l'importanza pratica. Nel seguito della nostra trattazione, avremo campo di fare applicazioni continue della teoria da noi adottata. Qui basti ricordare alcune delle più importanti questioni pratiche che ricevono soluzione diversa secondo che si accetti l'una o l'altra dottrina sulla natura giuridica del concordato. Dipende dal modo di considerare il concordato: come pronunciato del giudice o come contratto: come contratto unico o molteplice: come contratto intervenuto fra il debitore e tutti i creditori *uti singuli* o tra il debitore e la massa; dipende dal prendere a fondamento dell'obbligo della minoranza la sentenza del giudice, o il contratto, o la legge, la risoluzione dei problemi seguenti:

a) Sulla obbligatorietà dell'accordo amichevole nella moratoria per la minoranza dissenziente;

b) Sulla prova testimoniale del concordato amichevole;

c) Sui poteri dell'autorità giudiziaria nella omologazione del concordato;

d) Sulla impugnabilità della sentenza di omologazione da parte dei creditori non opponenti nel giudizio di primo grado;

e) Sul modo con cui avviene la risoluzione del concordato per inadempimento degli obblighi in esso stabiliti;

f) Sulle forme in cui deve essere fatta l'accettazione dei creditori; ecc., ecc.

L'importanza dell'argomento richiede adunque che noi facciamo, brevemente, ma con la maggiore possibile completezza, una esposizione critica di queste dottrine per giungere a quella che a noi sembra la più conforme alla natura dell'istituto, quale è organizzato nelle principali legislazioni moderne, ed in ispecie nel diritto positivo italiano.

CAPITOLO I.

Esposizione e valutazione critica delle varie teorie.

§ 1. — Teorie contrattuali.

Sommario: 52. Teoria della volontà *costretta*: esposizione e critica. — 53. Teoria della volontà *presunta*: esposizione e critica. — 54. Teoria della *rappresentanza legale*: esposizione e critica.

52. *Teoria della volontà costretta.* — La dottrina del diritto comune, che aveva costruito tutto il nostro istituto adattando a nuovi casi ed a nuovi bisogni il principio romano sulla adizione di una eredità oberata, si trovò imbarazzata, quando dovette dare ad esso un conveniente assetto nella teoria generale delle obbligazioni. Affermò, senz'altro, la natura contrattuale del concordato; ma quando dovette conciliare con la teoria dei contratti l'obbligo della minoranza dissenziente od assente, non seppe affermare se non che: " la minoranza rimane obbligata per la volontà della maggioranza ". Essa non negava, in sostanza, che l'obbligo derivasse dal contratto, anche per la minoranza; ma la volontà contrattuale degli assenti o dei dissenzienti riteneva supplita dalla volontà degli assenzienti (1). Così costruita la teoria del concordato passò nei

(1) Vedi **Arndts**, *Pandekten*, §§ 223 e 267: " Una remissione parziale può, per espressa disposizione di legge, essere concessa ad un debitore rispetto a tutti i debiti, in virtù di una deliberazione della maggioranza dei creditori, eziandio contro la volontà degli altri ". (**Arndts-Serafini**, *Pand.*, § 267, 3ª ed., II, pag. 193, Bologna, 1880); — **Windscheid**, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7ª ed., Frankfurt, 1891, II, pag. 329, § 358: " In caso di insolvenza del debitore può la maggioranza dei creditori obbligare la minoranza ad una parziale remissione "; — **Fuchs**, *Concursverfahren*, Marburg, 1863, pagg. 77 e 80; — **Carl Oetker**, *Beiträge zur Lehre vom Concurse*, Kassel, 1847, pag. 101: " Bei den nichterschienenen Glaübigern kann mann zwar eine solche Einwilligung nicht annehmen, allein sie sind zum Nachlasse nicht wegen der Bestätigung desselben, sondern deshalb verpflichtet, weil sie dem Beschlusse der Anwesenden folgen müssen, und in allen den Fällen, wo eine Bestätigung eintritt die Merhreit den Nachlass bewilligt haben muss "; — **Schweppe**, *Das System des Concurses der Gläubiger nach dem gemeinem in Deutschland geltenden Rechte*, 3ª ed., Göttingen, 1829, pag. 39, § 19.

commentatori delle leggi concursuali promulgate in Europa nella prima metà del secolo. L'accolsero così specialmente il Koch, commentando l'Ordinanza prussiana del 1855, ed il Pardessus, commentando il Codice francese del 1808 (2).

Contro questa dottrina lo Schultze ed il Löhr hanno appuntato gli strali di una critica vivace. Per lo Schultze il contratto non può essere che il prodotto di una volontà contrattuale ed una volontà costretta o finta non può essere volontà (3). Il Löhr aggiunge che, se il concordato deve essere contratto, e solo contratto, deve trovarvisi la volontà del contraente di conchiudere il contratto; perchè nel contratto la volontà consenziente delle parti costituisce il diritto sulle basi della disposizione di legge. " Una volontà finta o costretta non è volontà ed un contratto fondato su di essa è una *contradictio in adiecto*..... " (4).

Noi troviamo che se la teoria del diritto comune pecca di insufficienza, insufficiente è altresì la critica di questi autori. Sta bene il dire che non vi è contratto senza l'esistenza di una volontà contrattuale (5); ma la teoria del diritto comune non afferma già la

---

(2) **Koch**, *Der preussische Civilprozess*, §§ 445 e 446; — **Pardessus**, *Cours de droit commercial*, Bruxelles, 1843, III, num. 1232: " Mais, comme rarement tous sont d'accord, et qu'il est naturel de présumer qu'un grand nombre prendra les arrangements les plus convenables à l'intérêt commun, *on a cru devoir faire céder la volonté de la minorité à celle de la majorité: les créanciers présents ont donc été admis à décider pour les absents* ". — Così anche: **Hoechster** e **Sacré**, *Manuel de droit commercial*, pag. 789.

(3) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, Berlin, 1880, pag. 120 e seg.

(4) **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs*, Berlin, 1891, pagine 4 e 5. — La teoria della volontà costretta fu anche censurata dal **Wilmowski**, *Deutsche Reichskonkursordnung*, Berlin, 1896, 5ª ed., pag. 439, *sub* 21; — dallo **Schwarz**, *Das österreichische Concursrecht*, Wien, 1894-96, I, pag. 241; — dal **Pollak**, *Concursrecht*, Wien, 1897, pag. 400.

(5) Espressa nella forma in cui la esprimono lo **Schultze** e il **Löhr**, l'affermazione non è, tuttavia, esatta. Vi sono casi in cui basta la *dichiarazione di volontà* per costituire validamente il negozio giuridico: per es.: quando *per colpa* del dichiarante la dichiarazione non è conforme alla volontà (il caso dell'*errore non scusabile*). — Vedi **Windscheid**, *Lehrbuch d. Pandekten Rechts*, § 75; — **Chironi**, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1888-89, I, pag. 94 e seg.; — **Gianturco**, *Sistema di diritto civile*, Napoli, 1894, I, pag. 160 e seg.; — **Scialoja**, *Volontà e responsabilità nei negozi giuridici*, Roma, 1885, pag. 23; — **Fadda** e **Bensa**, *Note alle Pandette del* **Windscheid**, pag. 844. — Qui, veramente, *da parte della minoranza*, manca tanto la *volontà* quanto la *dichiarazione*.

esistenza di un contratto tra la *minoranza* e il *debitore:* essa si limita a dire che il concordato è, nel suo complesso, un contratto, e che la minoranza è obbligata ad osservarlo, *quando la maggioranza l'ha stipulato*. Per abbattere totalmente l'accennata dottrina, i critici avrebbero dovuto provare non solo che non vi è contratto, quando non vi è volontà (6); ma, *inoltre,* che non si può mai essere legati da un contratto stipulato da altri, senza e anche contro la propria volontà (7). La dottrina del diritto comune, in sostanza, trova una difesa nella sua stessa indeterminatezza. Ma appunto in questa indeterminatezza consiste il suo difetto fondamentale. Dire che la minoranza è tenuta per la volontà della maggioranza, equivale a non spiegare nulla, poichè resta sempre aperta la questione *sul modo col quale avviene che la minoranza è obbligata al contratto stipulato dalla maggioranza* (8).

(6) Anche a questa regola, del resto, non è riconosciuto da tutti un valore assoluto. Vedi, per es., a proposito delle società in liquidazione, il **Behrend**, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin, 1896, § 81, nota 16; — e il **Franken**, *Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft*, pag. 27.

(7) Ciò che non avrebbe potuto nei casi di rappresentanza derivante dalla legge. Vedi **Tartufari**, *La rappresentanza nella conclusione dei contratti,* Torino, 1892, num. 61 e seg. — Nella gestione d'affari si discute se vi sia *actio negotiorum gestorum* nel caso di *gestio prohibente domino*. Vedi per l'affermativa, almeno in certi casi: **Giorgi**, *Teoria delle obbligazioni*, 4ª ed., Firenze, 1895, V, num. 32 *bis*; — **Troplong**, *Mandat*, num. 78 e seg.; — **Larombière**, *Théorie et pratique des obligations*, art. 1375, num. 24; — **Cogliolo**, *Trattato teorico e pratico dell'amministrazione degli affari altrui*, Firenze, 1890, vol. II, num. 320 e seguenti.

(8) Si vuole affermare che la dottrina del diritto comune parla di volontà *finta* (cfr. **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur der Zwangsvergl.*, pag. 1; — **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pag. 120). — Ciò non è esatto. Essa si limita a dire che la volontà della minoranza è *costretta* da quella della maggioranza (**Windscheid**, **Arndts**, **Oetker**, **Fuchs**, Opere citate, ai luoghi rispettivamente citati). — Del resto, neppure la finzione spiegherebbe nulla. Nelle finzioni (vedi **Bekker**, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886-89, II, pag. 80, beil. III), la legge dà ad alcuni fatti (basi della finzione) gli effetti giuridici della dichiarazione di volontà. Ma nelle finzioni, come pure nota il **Bekker**, *System*, pagina 101, § 95, beil. II, le conseguenze giuridiche che apparentemente derivano da ciò che si finge, sono invece un effetto della base della finzione. Ora, essendo qui base della finzione l'accordo intervenuto con la maggioranza, si torna sempre al concetto che è questo ciò che obbliga la minoranza. Solo, forse, potrebbe, mediante la finzione, accennarsi all'intervento della legge. In questo caso la teoria muterebbe aspetto, ma si ridurrebbe a quella che esporremo e combatteremo in seguito (vedi più oltre, num. 71 e seg.).

53. *Teoria della volontà presunta.* — Questa spiegazione circa la causa della obbligatorietà, per la minoranza, del contratto stipulato dalla maggioranza, non riuscì difficile ai commentatori dell'Ordinanza processuale bavarese, la quale, all'art. 1316, mentre non ammetteva concordato di maggioranza nel caso di dissenso espresso di anche un sol creditore, considerava invece gli assenti come assenzienti. Si disse, perciò, trattarsi di un caso in cui la volontà è presunta dalla legge in base all'assenza (9); e in cui, per conseguenza, la maggioranza presente delibera anche in nome della minoranza in virtù di una specie di mandato presunto di questa (10).

Questa dottrina, che si presentava abbastanza favorevolmente rispetto alla legge bavarese, non ha oramai che un valore storico. Le legislazioni attuali dichiarano tutte obbligatorio il concordato anche per i dissenzienti, pei quali, certo, non può parlarsi di volontà presunta, quando essi hanno invece chiaramente manifestato quella di non aderire all'accordo.

54. *Teoria della rappresentanza legale della minoranza da parte della maggioranza.* — La prima teoria che abbia tentato di dare del nostro istituto un concetto giuridico riposante interamente nel campo contrattuale, facendovi rientrare, con una spiegazione esplicitamente contrattualistica, anche l'obbligazione della minoranza assente o dissenziente, fu quella adottata da Fitting ed accolta quindi da Canstein, da Endemann e da Jaeger. Questi autori, a cui, in Italia, si avvicina l'Ascoli, ritengono che la maggioranza non contratti solo in nome proprio, ma anche in nome ed in rappresentanza degli assenti e dei non assenzienti; la quale rappresen-

(9) **Wernz**, *Commentar zur Prozessordnung in bürgerliche Rechtsstreitigkeiten für das Königreichs Bayern*, su l'art. 1316; — **Barth**, *Commentar zur neuen Civilprozessordnung für Bayern*, München, 1869-71, art. 1316. Trattandosi d'una volontà desunta da un atto a cui *la legge* attribuisce quel particolare significato, si parlerà qui di volontà *presunta* e non di volontà *tacita*. Vedi **Hölder**, *Pandekten*, pag. 213, § 41; — **Brinz**, *Pandekten*, 2ª ed., curata da **Lotmar**, Leipzig, 1895, IV, pag. 277, § 564; — **Fadda** e **Bensa**, *Note alle Pandette del* **Windscheid**, pag. 899; — **Zitelmann**, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, pag. 265; — **Bekker**, *System*, II, § 93, beil. III; — **Windscheid**, *Pandekten*, § 82, nota 12.

(10) Un caso analogo è quello dell'art. 136 *Cod. di comm. it.*: Vedi **Tartufari**, *Della rappresentanza*, num. 151.

tanza, che deve considerarsi come legale, la minoranza è obbligata a riconoscere (11).

Ma questa dottrina è solo apparentemente contrattualistica. Il concetto della rappresentanza, che è il ponte per mezzo del quale essa tenta di far passare nel campo delle obbligazioni contrattuali il vincolo che astringe la minoranza, finisce, almeno per ciò che concerne i creditori dissenzienti, con lo svanire e trasformarsi in una concezione giuridica assai differente.

Per i creditori semplicemente assenti, non avrei anche io difficoltà ad ammettere che essi fossero vincolati in virtù di un mandato che la legge *presume* abbiano essi conferito ai presenti (12). Ma per i dissenzienti, non mi perito di affermare che la rappresentanza, nella dottrina stessa, di cui ci occupiamo, non è che una larva, sotto cui si nasconde un'altra teorica, alla quale, perciò, bisogna ricondurre questa della *rappresentanza legale* per poterla studiare al suo vero posto e nel suo vero aspetto. — È noto che al concetto della *rappresentanza vera e propria* è essenziale che il rappresentante sia sostituito al rappresentato, non solo nella *dichiarazione di volontà*, ma nella *volontà* stessa. Quando alcuno è soltanto fatto *strumento della manifestazione della volontà altrui*, non vi è un *rappresentante*, ma un semplice *nuncius* (13). Nel caso della pre-

---

(11) Vedi **Fitting**, *Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren*, 2ª edizione, Berlin, 1883, § 45, num. 6; — **von Canstein**, nella *Zeitschrift für das Privat und offentliches Recht der Gegenwart*, vol. IX, 1882, pagg. 463 e 490; — **Endemann**, *Das deutsche Konkursverfahren*, Leipzig, 1889, pag. 585; — **Jäger**, *Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts*, Berlin, 1899-1901, pag. 602, annot. 11; — **Ascoli**, *La moratoria e il concordato preventivo*, Milano, 1896, num. 22: “ Il concordato preventivo è, invece, una convenzione che, durante l'effetto moratorio dei primi atti della procedura relativa, vien conclusa fra il debitore ed i creditori *rappresentati da una determinata maggioranza* „.

(12) Vedi sopra, *sub b*, nota 10.

(13) Cfr. **Gianturco**, *Sistema*, I, pag. 212, nota 2; — **Scialoja**, *Del mandato a donare* nell'*Annuario critico del* **Cogliolo**, 1889, pag. 242; — **Fadda** e **Bensa**, *Note alle Pandette del* **Windscheid**, pag. 908; — **Giorgi**, *Teoria delle obbligazioni*, III, 5ª ed., num. 166, pag. 160; — **Unger**, *System des österreichischen Privatrechts*, II, pag. 130, nota 3; — **Windscheid**, *Pandekten*, § 73, nota 2; — **Baron**, *Pandekten*, § 65, pag. 127, 7ª ed., Leipzig, 1896; — **Brinz**, *Pandekten*, § 578, IV, pag. 339, 2ª ed., Leipzig, 1895; — **Savigny**, *Théorie des obligations*, § 59; — **Zimermann**, *Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum gestio*, Strassburg, 1876, pag. 17.

tesa rappresentanza della minoranza da parte della maggioranza per l'approvazione del concordato, la maggioranza non avrebbe la facoltà di dichiarare la propria volontà in sostituzione di quella della minoranza, *in ordine alla accettazione o meno del concordato:* essa avrebbe solo la facoltà d'*accettare* il concordato. Questa pretesa rappresentanza, adunque, allora incomincierebbe, quando la minoranza ha dichiarato il proprio dissenso, e si esaurirebbe con la concessione dell'assenso anche in nome di chi lo negò. Ma con ciò, è evidente, la volontà dichiarata con l'ufficio di un semplice *nuncius* dalla maggioranza, sarebbe non quella della minoranza, ma quella della legge. Tanto vale il dire che *la legge* obbliga la minoranza e non già il *contratto* stipulato dalla maggioranza come rappresentante di essa. Ed ecco così questa teoria uscire dai limiti del contratto e confondersi con quelle che dalla legge appunto fanno discendere il vincolo della minoranza, unitamente alle quali, pertanto, essa va esaminata e vagliata (14).

§ 2. — Teorie processuali.

55. L'intervento dell'autorità giudiziaria nella disciplina legislativa del concordato dovette necessariamente suggerire agli autori, che tentavano di darne una costruzione scientifica soddisfacente, l'idea di considerarlo come un istituto di natura processuale, e perciò estraneo al diritto materiale delle obbligazioni. In questo concetto alcuni, più arditi, ritennero il concordato addirittura una *decisione giudiziaria;* altri si accontentarono di qualificarlo semplicemente come *un contratto processuale.*

N° 1. — *Teorie della decisione giudiziale.*

Sommario: 56. Teoria della sentenza creativa della volontà contrattuale (Pothier): esposizione e critica. — 57. Teorie della sentenza direttamente

---

(14) La dottrina della rappresentanza fu, ma senza sufficiente dimostrazione, respinta dal **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur*, ecc., pag. 48 e dall'**Oetker**, *Konkursrechtliche Fragen* (Estratto dai *Festgabe für* **Windscheid**), Rostock, 1888, pagine 43 e 44, il quale conclude però giustamente che si tratta di una rappresentenza nella quale si prescinde affatto dal rappresentato (pag. 44).

creativa dell'obbligo per la minoranza di osservare i patti voluti dalla maggioranza. — 58. *a)* Teoria di Bédarride e di Bayer. — 59. *b)* Teoria dello Schultze: esposizione. — 60. Argomenti di diritto attuale su cui si fonda. — 61. Critica di questa teoria: erroneità del suo concetto fondamentale. — 62. Sua inettitudine a spiegare la diminuzione dei diritti dei creditori non assenzienti. — 63. Critica degli argomenti dedotti da Schultze da alcune norme di diritto positivo. — 64. *c)* Teoria del Pollak. — 65. Critica di essa.

56. *a)* La dottrina più antica considerò la pronunzia del giudice, omologante il concordato, non già come *direttamente costitutiva* dell'obbligatorietà di essi pei non assenzienti, ma come creativa della deficiente volontà contrattuale della minoranza. Già il Pothier, dopo aver detto del concordato come di una apparente eccezione al principio che i contratti non giovano, nè nuocciono ai terzi, aggiungeva: " Questa, pertanto, non può considerarsi propriamente come una eccezione al nostro principio, perchè non è già solo la convenzione fatta coi tre quarti dei creditori che per sè e per sua propria forza obbliga anche gli altri, che non sono intervenuti, a fare le diminuzioni che in essa sono contenute. Essa non serve che a far conoscere al giudice essere interesse comune dei creditori che essa sia eseguita per tutti: giacchè si presume che questo gran numero di creditori non siasi determinato ad accordare queste diminuzioni se non per interesse comune dei creditori, onde ottenere il pagamento del resto; e siccome non è giusto che il rigore di qualche creditore pregiudichi all'interesse comune di tutti, *il giudice lo condanna ad acconsentire anch'esso alla convenzione, ad accordare le proroghe e le diminuzioni in essa contenute* " (1).

Il lato debole di questa dottrina è manifesto. Nessuno può essere costretto ad emettere una dichiarazione di volontà: nel procedimento esecutivo ogni obbligazione di *fare* si risolve in una obbligazione di *dare*, come dice benissimo il Mortara, " per l'impossibilità di costringere chicchessia a fare ciò da cui il suo volere ripugna, a meno di ricorrere a mezzi che a lor volta ripugnano alla civiltà ed alla ragione umana e che pure non raggiungerebbero

(1) Pothier, *Traité des obligations*, trad. ital. in *Opere di* Pothier, Livorno, 1841, I, num. 58. — Questa dottrina è seguita dal Gunther, *Der Concurs der Glaübiger nach gemeinem deutschen Rechte*, 2ª ed., Leipzig, 1852, pag. 16: " Se la minoranza non vuole aderire, essa vi è costretta dal giudice ".

sempre il loro intento „ (2). Neppure in base alla legge processuale germanica, la quale al § 794 (3) dispone che " se il debitore è condannato a rilasciare una dichiarazione, questa si considera come rilasciata non appena la sentenza è passata in cosa giudicata „ potrebbe affermarsi l'ammissibilità di un contratto *coattivo* formato mediante l'intervento del giudice. Il Crome nota qui esattamente che, anche quando si tratta del rilascio di una dichiarazione di volontà da parte del debitore, non esiste alcuna coazione ed in generale la dichiarazione di volontà non diventa punto obbligatoria; *soltanto la dichiarazione è sostituita dalla sentenza* (4). A questo, appunto, si riduce il preteso contratto fondato sulla volontà coattiva: alla sostituzione della volontà del giudice alla volontà della parte; perciò siamo qui fuori completamente del campo contrattuale, e la teoria accennata viene a confondersi, in ultima analisi, con le dottrine, che ora esamineremo, le quali fondano sulla sentenza del giudice esclusivamente, la forza obbligatoria del concordato.

57. *b)* Di queste, alcune, mentre riconoscono il contratto come motivo obbligatorio per la maggioranza assenziente, dichiarano invece l'obbligo della minoranza derivare immediatamente dalla sentenza del giudice. Altre, più radicali, negano al concordato del tutto la natura contrattuale; ne fanno un *procedimento che mette capo ad una sentenza,* nella quale si sostanzierebbe la vera natura di questo istituto.

58. *a a)* Alla prima categoria appartengono le teorie, piuttosto che svolte, esposte con affermazioni dogmatiche dal Bédarride e

(2) **Mortara**, *Manuale della procedura civile*, 2ª ed., Torino, 1898, II, num. 693, pag. 28.

(3) Corrispondente al § 779 dell'Ordinanza abrogata.

(4) **Crome**, *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts*, Mannheim, 1894, § 5, *sub 3*, pag. 44; — **Wach**, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, pag. 12; — **Kipp**, *Die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklarungen* nei *Festgabe für Jhering*, Leipzig, 1892, pag. 41 e seg.; — **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur*, pag. 51; — **Seuffert**, *Kommentar zur Civilprozessordnung*, § 779, annot. 1 e 2; — **Wilmowski**, *Kommentar zur Civilprozessordnung*, § 779, annot. 2. — Questo concetto è adombrato anche dallo **Sraffa**, *La liquidazione delle società commerciali*, 2ª ed., Firenze, 1899, pag. 42. — Ma vedi invece il **Franken**, *Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft*, pag. 27.

dal Bayer. L'autore francese, dopo aver detto che in deroga al principio generale per cui i contratti hanno efficacia solo fra le parti, nel concordato invece la minoranza è legata dalla deliberazione della maggioranza, aggiunge: " C'est pour consacrer cette dérogation au droit commun que l'on appelle le concours de la justice ". L'autore tedesco, invece, afferma più recisamente che i creditori possono essere obbligati, mediante un decreto del giudice, emesso sulla base della deliberazione della maggioranza, a rimettere una parte del loro credito (5).

59. *b b*) Le dottrine appartenenti al secondo gruppo, fanno capo alla costruzione, veramente semplice e geniale, dello Schultze, il sostenitore più radicale della teoria della sentenza (6).

Per lo Schultze il concordato non è un contratto, ma una decisione giudiziale (propriamente, *sentenza: Urtheil*) la quale riconosce come cessata l'azione di concorso sotto le condizioni in essa sentenza determinate. Questa sentenza, come ogni altra sentenza, richiede preventivamente una domanda giudiziale la quale non è che la proposta di concordato. La volontà della maggioranza dei creditori, constatata nelle debite forme, è un importante, ma non l'unico, o solo un decisivo momento di fatto per la *causae cognitio* sulla base della quale si pronunzia la sentenza. Il giudice, prima di mettere termine all'azione concursuale, mediante pagamento o assicurazione di una parte dei crediti e remissione dell'altra parte, deve esaminare nel modo più ampio e col più libero giudizio, indipendentemente dalla volontà constatata della maggioranza, se è giustificata, rispondente allo scopo ed utile una tale sentenza e, secondo il risultato di questo esame, respingere la domanda del debitore comune, anche contro la volontà della maggioranza dei creditori. Non è, perciò, la maggioranza dei creditori quella che costringe la minoranza alla conclusione di un contratto:

---

(5) **Bédarride**, *Traité des faillites et banqueroutes*, 4ª ed., Paris-Aix, 1882, numero 562, pag. 187; — **Bayer**, *Theorie des Concursprozesses nach gemeinen Rechte*, 3ª ed., München, 1850, § 39, pag. 107.

(6) Allo **Schultze** è giusto dare il merito di aver tentato per il primo una costruzione veramente scientifica del concordato in senso processuale: non anche quello di essere stato il primo a mettersi per questa via. Egli ebbe dei precursori in **Pothier**, **Gunther**, **Bayer** e **Bédarride**, come fu detto più sopra: Vedi le citazioni alle precedenti note 1 e 5.

ma l'autorità dello Stato che in forza del diritto decide sulle modalità delle azioni di tutti i creditori. L'obbligo per la minoranza risiede, non nella volontà della maggioranza, ma nel potere che ha il giudice, secondo la Costituzione. La minoranza è legata, non da una volontà di contrattare ad essa impostale, od estorta, nè da una volontà finta, ma da un pronunciato giudiziale. Il pronunciato giudiziale che dispone una parziale remissione non è, per ciò appunto, l'omologazione di una transazione, che non esiste, ma essa dispone invece in forza dell'autorità giudiziale e secondo il diritto, sul fondamento della domanda avanzata e della *causae cognitio* che ha avuto luogo. Essa non ratifica un diritto creato mediante contratto, ma crea questo diritto (7).

60. Lo SCHULTZE fonda la sua opinione sopra argomenti storici e sopra alcuni principî del diritto attuale. Sugli argomenti che egli vuol desumere dalla storia del nostro istituto non occorre qui ritornare, avendoli già esposti ed esaminati a proposito dello svolgimento storico del concordato (8). Quanto agli argomenti fondati sul diritto positivo, ecco quel che dice lo SCHULTZE:

a) Per la dottrina contrattuale il decreto del giudice che approva o non approva la transazione, avrebbe il solo ufficio di constatare e dichiarare formalmente l'obbligo imposto dalla maggioranza alla minoranza di concludere il contratto. Conseguenza di questa dottrina dovrebbe essere che, in mancanza di dissenso, perchè

---

(7) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, Berlin, 1880, pagg. 120-121. — L'opinione dello **Schultze**, ottenne molto favore nella dottrina germanica. L'accolse il **Wilmowski**, *Deutsche Konkursordnung*, pag. 439, con qualche divergenza su punti secondarî. Per questo autore la volontà della maggioranza non è solo un *elemento informativo*: egli considera la formazione del concordato come un vero *procedimento*, una procedura straordinaria a cui devono prender parte tutti gli interessati, debitore e creditori, e tutti presentare le loro domande e conclusioni sull'oggetto del giudizio, cioè la chiusura del concorso. All'opinione di **Schultze** aderiscono inoltre: **Förster-Eccius**, *Preussisches Privatrecht*, Berlin, 1896, I, § 120; — **Eccius**, nei *Gruchot's Beiträge*, XXX, pag. 463; — **Schwarz**, *Das österreichisches Konkursrecht*, pag. 241; — **Baron**, *Pandekten*, 9ª ed., Leipzig, 1896, § 268, pag. 496; — v. **Völdendorff**, *Die Konkursordnung für das deutsche Reich*, pag. 526, ma *de iure condendo*. — Egli conviene che dal punto di vista della K. O. l'opinione dello **Schultze** non è sostenibile.

(8) Cfr. retro, num. 14 testo e nota 9.

il contratto è stato liberamente consentito da tutti e non viene in questione il diritto della maggioranza di obbligare la minoranza ad accedervi, il decreto del giudice dovrebbe ritenersi superfluo come privo di oggetto. Ma ciò non è. Il decreto del giudice dichiara, in forza della autorità giudiziale, terminata l'azione in concorso in base alla domanda giudiziale (proposta di concordato) e in base alla precedente *causae cognitio.* Come parti in causa nel procedimento che mette capo a questa decisione stanno non già i creditori assenzienti ed i dissenzienti, ma da una parte il debitore comune e dall'altra tutti i creditori concursuali, assenzienti e dissenzienti, conosciuti e sconosciuti. Il complesso dei creditori costituisce una sola parte in causa come *litisconsortes* (*Streitgenossen*) perchè in quel giudizio si tratta della azione di concorso della quale non si può decidere che in modo *unico* e con forza obbligatoria per *tutti i creditori* (9). Secondo il § 59 C. P. O. nella procedura ordinaria fra i *litisconsortes* esiste una specie di *comunione processuale;* e poichè si tratta di un'azione la quale non può terminare che in modo unico per tutti, non possono essere emesse dichiarazioni con carattere *dispositivo* se non con effetto *per tutti i litisconsortes* e perciò esse debbono essere emesse insieme, debbono cioè apparire come il risultato di una volontà collettiva. Nella procedura ordinaria, le dichiarazioni con carattere dispositivo (deferimento e riferimento di giuramento, confessione, ecc.) non possono essere fatte che col consenso unanime di tutti i *litisconsortes* (10), appunto perchè il giudice non può apprezzare la convenienza e l'utilità di esse per la parte, ma deve limitarsi ad esaminarne la validità *formale.* Perciò se non si richiedesse la unanimità per tali dichiarazioni dispositive, si autorizzerebbe la maggioranza a disporre dei diritti della minoranza. Ma diversa è la cosa nel concordato. Qui non si tratta della emissione di una dichiarazione *dispositiva* pei creditori: se anche tutti i creditori comparsi si dichiarano favorevoli alla domanda di concordato del debitore comune, nulla ancora si è verificato: soltanto si è raccolto uno, sia pure il più importante, elemento di giudizio sulla ammissibilità della domanda avanzata. Il giudice deve però, nel decidere, ispirarsi soltanto alla maggior convenienza ed utilità per l'universalità dei creditori. La dichiarazione unanime

(9) Vedi *Civilprozessordnung,* § 135.
(10) *Civilprozessordnung,* § 434.

di tutti i creditori comparsi rimane priva di effetto se il giudice la ritiene non giustificata, o immorale o contraria agli interessi dei creditori non comparsi. Perciò — conclude lo SCHULTZE — rimane confermato che il così detto concordato non è una transazione, ma una decisione giudiziale e che in tutti i casi, anche quando tutti i creditori conosciuti vi hanno aderito, il fondamento giuridico formale della remissione non è la volontà dei creditori, ma la sentenza del giudice (11).

β) La legge stabilisce alcuni casi di inammissibilità della domanda di concordato; è noto che per la Ordinanza tedesca (12) non può presentarsi una proposta di concordato prima che sia scaduto il termine per la verifica dei crediti e la proposta stessa *deve* rigettarsi, quando il fallito è in fuga o rifiuta di prestare il giuramento di dichiarazione, quando è pendente una procedura per bancarotta fraudolenta contro il debitore o questi è stato condannato per bancarotta fraudolenta con sentenza passata in giudicato. Su domanda poi del curatore o del comitato dei creditori il tribunale *può* rigettare la proposta di concordato quando, nel corso dello stesso fallimento, una simile proposta sia stata rigettata dai creditori o dal tribunale, ovvero ritirata dal fallito dopo la pubblicazione del giorno fissato per deliberare sul concordato. In questi casi il tribunale *deve* e rispettivamente *può*, dichiarare *a priori* inutile la *causae cognitio* sulla domanda. Ora la teoria contrattuale difficilmente potrebbe spiegare perchè la legge abbia stabilito che una volontà contrattuale libera di sua natura non possa manifestarsi che in un determinato momento e sotto determinati presupposti. Nè potrebbe farsi ricorso ad un sistema di tutela, per spiegare come avviene in questi casi che si debba respingere una offerta contrattuale, senza che neppure sia sentita l'altra parte contraente circa la sua volontà (13).

γ) Neppure riuscirebbe la teoria contrattuale a spiegare come la legge abbia potuto fare obbligo al giudice di rigettare la domanda di concordato, anche quando questa abbia già ottenuto l'adesione di una rilevante parte dei creditori. Eppure ciò stabi-

---

(11) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, pagg. 125-129.

(12) §§ 160, 162, 163 (§§ 173, 175, 176 dell'Ordinanza del 1898).

(13) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pagg. 129-130.

lisce la legge che debba avvenire in certi casi d'ufficio (14), e in certi casi ad istanza di qualunque creditore chirografario (15). Come potrebbe ora il giudice dichiarare non concluso un contratto regolarmente stipulato? Lo stesso dicasi per il caso dell'annullamento del " concordato omologato ", cioè della sentenza passata in giudicato. La legge stabilisce che l'annullamento può essere pronunciato se esso fu il prodotto di una frode, o se in seguito il debitore fu condannato per bancarotta fraudolenta: nella prima ipotesi l'annullamento giova solo al creditore che lo domanda; nella seconda produce l'annullamento della remissione concessa a favore *di tutti* i creditori, senza pregiudizio dei diritti che sono stati loro conferiti nel concordato (16). Qui la natura di sentenza del concordato apparisce chiara, perchè l'annullamento tocca solo i diritti del creditore o dei creditori a cui il concordato aveva recato diminuzione e non anche i vantaggi ottenuti col concordato, i quali rimangono, anche dopo l'annullamento. Condizione giuridica, questa, che è un vero controsenso dal punto di vista meramente contrattuale (17).

b) Un'altra prova, per lo SCHULTZE, che il concordato è una sentenza con la quale si pone termine all' azione di concorso, si desume dal fatto che i creditori ipotecari e pignoratizi i quali non hanno parte nell'azione di concorso, non sono pregiudicati dalla sentenza. Questo principio dai fautori della teoria dominante è invece giustificato col meschino argomento che i creditori ipotecari non possono essere costretti ad una rinunzia dei loro diritti migliori da gente che hanno un diritto peggiore. Dallo stesso principio segue che un creditore ipotecario o pignoratizio che rinunzia al suo diritto reale e si presenta come creditore concursuale, dovrebbe poter dare il suo voto per la *causae cognitio* del concordato. La teoria dominante, invece, nega che, perchè quel creditore rinunzia al suo diritto di pegno, debba acquistare il diritto eccezionale di disporre dei diritti patrimoniali altrui (18).

---

(14) *Konkursordnung*, § 172; — *Konkursordnung* del 1898, § 186.

(15) *Konkursordnung*, § 173; — *Konkursordnung* del 1898, § 186.

(16) *Konkursordnung*, §§ 182-184; — *Konkursordnung*, del 1898, §§ 196-198.

(17) **Schultze**, *Das deutschen Konkursrecht*, pagg. 130 e 131. — Il **Wilmowski**, *Deutsche Konkursordnung*, Berlin, 1896, pag. 439, aggiunge come prova della natura non contrattuale del concordato l'inammissibilità dell'annullamento per errore.

(18) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pag. 131.

ε) Nella teoria puramente contrattuale alla deliberazione del concordato non dovrebbero prendere parte che i creditori i cui crediti fossero accertati. Invece ciò non è per la teoria della sentenza, la quale ritiene il voto dei creditori necessario soltanto per la *causae cognitio* del giudice: e la K. O. dà ragione a questa dottrina stabilendo che sul diritto di voto dei crediti non ancora verificati e certi, in mancanza di un accordo tra gli interessati, decide il tribunale con libero apprezzamento (19).

η) Un'altra prova della natura di sentenza del concordato desume infine lo SCHULTZE dalla regola (§ 176) che il concordato non influisce sulle obbligazioni dei coobbligati e fideiussori del debitore (20).

61. E passiamo ora all'esame critico di queste dottrine, che si raggruppano intorno al concetto fondamentale della decisione giudiziale. La prima ricerca sta nell'esaminare da un punto di vista generale e comprensivo, se ed in qual modo tale concetto possa darci ragione della forza obbligatoria del concordato omologato, per la minoranza assente o dissenziente. Avverto che, a voler tutto concedere ai partigiani della teoria la quale fa capo allo SCHULTZE, comprendo con la parola *sentenza (Urtheil)* da essi adoperata ogni *pronunziato giudiziario*, ogni *dichiarazione della volontà giudiziale*.

Il LÖHR, che ha sottoposto la teoria dello SCHULTZE ad una critica ampia, se non sempre persuasiva, non nega l'esistenza di sentenze *costitutive* di diritti, ma aggiunge che la qualità di sentenza nelle sentenze costitutive tocca solo la forma: “ quanto alla sostanza esse sono degli atti di autorità del giudice, sono sentenze solo in senso formale, mentre le sentenze confermative debbono essere dichiarate tali anche in senso materiale ” (21). Le sentenze costitutive, invece, nella sostanza, costituiscono una unica categoria insieme con una quantità di atti giudiziari che non sono sentenze, ma che dividono con esse la virtù di costituire diritti. Dato dunque che il concetto di sentenza concerne solo la *forma* e non anche la *sostanza* dell'atto giudiziario, quanto alla sua efficacia di *confermare* o di *costituire* diritti, dire che il concordato è sentenza è come

(19) *Konkursordnung* del 1898, § 95.

(20) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pag. 133.

(21) **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur der Zwangsvergleichs*, pag. 22.

rinunziare a dare una costruzione scientifica dell'istituto. Infatti — conclude il Löhr — o si dice che il concordato è sentenza in senso materiale, o che lo è in senso formale. Ma il concordato come figura giuridica la quale produce sempre una mutazione nei rapporti giuridici, senza dubbio non è una semplice verificazione di diritti e quindi non è sentenza in senso materiale. L'affermazione, invece, che il concordato è sentenza in senso formale " significa qualche cosa solo riguardo alla forma, contiene così poco una costruzione come se un negozio volesse dichiararsi un documento notarile o una scrittura " (22).

Ma evidentemente la critica del Löhr non è esauriente perchè — come egli stesso è costretto a confessare (23) — resta sempre aperta la possibilità che si faccia derivare l'efficacia del concordato, non già dalla volontà delle parti, ma da un atto di autorità del giudice, fatto in forma di sentenza o in altra forma, poco importa. In tal caso, la dottrina dello Schultze rimarrebbe vera in quanto fa derivare dalla pronunzia del giudice la forza obbligatoria del concordato.

Partendo da un punto di vista assai più generale noi non esitiamo ad affermare che sono false tutte le teorie le quali fanno risiedere nella pronunzia del giudice la forza obbligatoria del concordato *perchè non è nelle funzioni del potere giudiziario la costituzione, la diminuzione e la modificazione dei diritti subiettivi.*

α) È una conseguenza necessaria del principio della divisione dei poteri, fondamentale nel diritto pubblico degli Stati moderni, che il giudice non possa creare il diritto *obiettivo*. Questo concetto è accolto senza contrasto da tutti gli autori di diritto pubblico e di diritto giudiziario. " In antitesi al potere legislativo — dice l'Orlando — il potere giudiziario non può fare la legge, ma applicarla come sta; e questo stesso non già emanando norme generali, ma risolvendo un caso particolare sottoposto al suo esame " (24). E con maggiore precisione ancora il Wach: " Il processo è l'ordinamento della tutela giuridica. Esso non deve co-

(22) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 29.

(23) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 29.

(24) **Orlando**, *Principî di diritto costituzionale*, Firenze, 1890, num. 336; — **Gerber**, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865, § 55, pag. 169.

stituire il diritto obiettivo, ma accertare il diritto. La sentenza non è legge, ma applicazione della legge. Lo stato giuridico concreto si ottiene mediante il riconoscimento del diritto obiettivo per la pratica attuazione, non già dalla costituzione per esso di un nuovo diritto obiettivo. Ciò contraddice all'opinione che la sentenza sia legge: *lex specialis;* ma con questa proposizione si conclude erroneamente dalla somiglianza di effetti legislativi alla causa legislativa. Effetti uguali non autorizzano la deduzione di una causa uguale. La forza obbligatoria appartiene alla sentenza così come alla legge; ma non dovunque è forza obbligatoria, ivi è legge. Altrimenti sarebbe legge anche il negozio giuridico e il lodo arbitrale e legge sarebbe ogni ordine obbligatorio del sovrano..... Il nostro diritto pubblico distingue nettamente l'atto di applicazione della legge da parte dello Stato, dalla legislazione e su questa distinzione basa tutto l'ordinamento giudiziario, il principio dell'indipendenza dell'amministrazione giudiziaria „ (25).

β) Ma se il giudice è impotente, per la natura stessa della sua funzione, a costituire il diritto obiettivo, ne deriva, per logica necessità, che egli non può neppure concedere, togliere o modificare diritti subiettivi. Questo punto è fuori di questione nella dottrina odierna. Fra i nostri il Fadda afferma nettamente: “ La sentenza non mira ad altro che a porre fuori questione l'esistenza o meno di un rapporto giuridico. Il rapporto su cui cade la sentenza non solo non vien meno dopo che questa è passata in giudicato, ma anzi ha una esistenza che oramai è al coperto di ogni attacco „ (26). Fra i pandettisti identico è il concetto della funzione giudicante. Dice il Regelsberger: “ La sentenza passata in giudicato fissa in modo inoppugnabile fra le parti il rapporto controverso. Ma la sentenza del giudice deve solo porre in chiaro la posizione giuridica delle parti, non trasformarla: si dice: essa ha portata dichiarativa, non costitutiva „ (27). Nè diversa è l'opinione dei civilisti: “ Il riconoscimento o il disconoscimento — dice il

---

(25) **Wach**, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* (nel *Systematisches Handbuch der Rechtswissenschaft*, herausgeg. von **Karl Binding**), Leipzig, 1885, pag. 6, *sub* VII, 1.

(26) **Fadda**, *La prescrizione della ragione commerciale dopo la sentenza di condanna*, in *Filangieri*, 1898, pag. 806.

(27) **Regelsberger**, *Pandekten*, Leipzig, 1893, I, pag. 699. — Vedi pure: **Windscheid**, *Pandekten*, § 129; — **Dernburg**, *Pandekten*, 5ª ed., § 61.

Dernburg — delle pretese sottoposte alla decisione del giudice, forma il contenuto della sentenza. Conseguentemente la sentenza ha in sè quel doppio carattere che in genere appartiene al riconoscimento. Essa costituisce un *nuovo fatto giuridico* in quanto fissa in modo scevro da dubbi rapporti contestati o almeno incerti, e vale tuttavia come dichiarazione di ciò che già sussisteva, non come fatto costitutivo (28). Nello stesso ordine di idee sono infine i proceduristi. Uno dei più eminenti fra essi, il Wach, scrive: " Il processo non ha lo scopo di creare diritti (diritto subiettivo), ma lo scopo di tutelare il diritto. L'accertamento del diritto obiettivo è concepibile solo in applicazione ad un rapporto concreto della vita. La sua precedente figura giuridica deve rimanere integra contro ogni violazione; non già essere di nuovo formata giuridicamente " (29).

Questi concetti, oramai dominanti nella scienza del diritto sulla natura del processo, della funzione giudicante e della sentenza, escludono di per sè che il giudice possa costituire, togliere o modificare diritti subiettivi e colpiscono così nella sua base ogni teoria la quale voglia riannodare ad una pronuncia giudiziale la forza obbligatoria del concordato (30).

---

(28) **Dernburg**, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, Halle, 1896, 5ª ed., vol. I, pag. 293. — Vedi pure: **Kraynz-Pfaff**, *System des österreichischen Privatrechts*, Wien, 1877, 2ª ed., I, § 160, pag. 415.

(29) **Wach**, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pag. 8.

(30) Ed infatti lo **Schultze**, parte da un concetto del processo e della sentenza che noi non possiamo assolutamente accettare e che la dottrina più autorevole ha respinto. Egli afferma esplicitamente che il giudice trova il contenuto della norma giuridica e quindi il diritto concreto, cioè il diritto subiettivo: " Il giudice impone il contenuto giuridico trovato e perciò, così la norma giuridica come il diritto concreto dedotto da essa ". (**Schultze**, *Privatrecht und Prozess*, Stuttgart und Tubingen, 1883, pag. 93). Conseguenza di ciò — e lo **Schultze** stesso non lo nega — è che la pronuncia del giudice viene considerata come creazione della norma giuridica mediante comando, sanzione e promulgazione di essa, cioè come produzione del diritto (**Schultze**, *Privatrecht und Prozess*, pagg. 101, 114, 117 e segg.), e in conseguenza di ciò l'ordinamento giuridico positivo non come una realtà, ma come un'imagine, un'illusione (Opera citata, pag. 105). Lo **Schultze**, quindi, parla della mancante forza coattiva di un diritto obiettivo esistente all'infuori della sentenza (pag. 111 e seg.). Questa dottrina non abbisogna di larga confutazione. Enunciarla, è metterne in evidenza gli errori. Basta considerare che anche stando alla terminologia di **Schultze**, il giudice non crea il diritto, quando lo cerca, perchè lo cerca non già in sè,

Tuttavia, poichè questa dottrina della sentenza potrebbe trarre profitto da alcune osservazioni che si rinvengono negli scritti di autori i quali pure non dubitano, in via generale, sulla natura puramente dichiarativa della funzione giudiziale, occorre vedere ancora se sia regola *assoluta* che il giudice non possa costituire diritti o se, per avventura, eccezionalmente, possa un tale effetto derivare dalla attività giudiziale.

Il Mortara, appunto, sebbene creda, in via di principio, che ufficio della giurisdizione sia quello di applicare la legge e perciò, in modo esclusivo, di riconoscere diritti preesistenti alla domanda giudiziale, osserva che " tuttavia, questo, non è il reale e costante risultato del suo funzionamento. Ciò avviene nello stadio dichiarativo e nello stadio esecutivo. Se basta la pretesa di un diritto per provocare la funzione del magistrato, può accadere che la sentenza proclami e riconosca un diritto che prima, in realtà, non esisteva: mentre non è da escludere il dubbio che talvolta per difetto di prove o per altre ragioni un diritto vero e indiscutibile sia misconosciuto e soppresso. Nello stadio esecutivo, poi, la formazione di nuovi rapporti giuridici mediante lo sviluppo dell'azione e per l'opera della funzione giurisdizionale è conseguenza necessaria dello scopo medesimo della procedura: per guisa che un proprietario cessa di essere tale e altri subentra in siffatta qualità, svolgonsi e modificansi rapporti di debito e credito ecc. " (31).

Tutto ciò è sostanzialmente esatto, ma non significa punto che, anche in questi casi, vi sia un vero mutamento nei diritti subiettivi e che questo dipenda proprio dalla pronuncia del giudice. Non si nega che nella dichiarazione del diritto il giudice possa alcuna volta errare, e che per ciò la cosa giudicata possa con la sua autorità proteggere non il diritto, ma il torto. Ciò non toglie però che, anche in questa ipotesi, la sentenza non sia che una dichiarazione di diritto. È una dichiarazione errata, ma una dichiarazione. La fallibilità essendo inseparabile dalla natura umana, noi

---

ma fuori di sè, il che è quanto dire che il diritto preesiste alla pronuncia giudiziale (Vedi **Schultze**, pag. 102, note 1 e 2, pag. 103, nota 1). Come dice ottimamente il **Wach**, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pag. 8, nota 7, anche nei giudizî per scabini, questi dànno il contenuto del diritto come loro convincimento, ma come convincimento di ciò che è il diritto, non di ciò che merita di essere elevato a norma giuridica per opera del giudice.

(31) **Mortara**, *Principî di procedura civile*, 2ª ed., Torino, 1897, I, num. 12.

non possiamo dissimularci la possibilità dell'errore. Ma in sè e nel suo scopo, la sentenza resta una dichiarazione di diritto e l'ordinamento giuridico in tanto le dà efficacia e ne impone l'osservanza, in quanto la ritiene l'espressione esatta del diritto obiettivo (32). Fu ottimamente osservato essere il bisogno della certezza quello che spinge a dar per vero ciò che è giudicato: " ma la sentenza non si considera come creatrice, altrimenti si verrebbe a dire che essa non serve a dar forza al diritto esistente. Si direbbe, cioè, non già che essa *pro veritate habetur,* ma che si sostituisce alla verità, come cosa a sè; che anzi fa astrazione addirittura dalla verità " (33). Sebbene la contraddizione non consenta che si chiami diritto ciò che è il risultato della violazione del diritto, volendo dire che la sentenza ingiusta crea diritti, bisogna aggiungere che li crea in quanto è ingiusta, non in quanto è sentenza (34). La sentenza, adunque, *come tale*, non può costituire diritti, ed è vano, perciò, ricorrere al concetto della pronuncia del giudice per spiegare quel mutamento nei diritti subiettivi che è (si noti bene) l'effetto *normale* e *costante* non già *anormale* ed *eccezionale* del concordato obbligatorio.

Nè, a conforto della dottrina che combattiamo, potrebbe citarsi l'esempio di diritti creati per opera del giudice nello stadio esecutivo del procedimento; anche qui non è già realmente per volontà del giudice che avviene un mutamento sui diritti subiettivi, che il proprietario resta spogliato della cosa sua e un altro ne acquista il dominio, che il creditore cessa di essere tale, e un altro subentra al suo posto, ecc. Per rendersi esatto conto del come possa avvenire che alcuno resti privato di un diritto contro la sua volontà attuale, nella fase esecutiva del processo, occorre aver riguardo

(32) Benchè la sentenza sia una semplice dichiarazione di diritto, pure la sua forza obbligatoria deriva dalla necessità dell'attuazione del diritto, altrimenti la sentenza avrebbe il valore di un semplice parere. Vedi **Planck**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozesses*, Nördlingen, 1887-1896, I, pag. 442; — **Wach**, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pag. 9, *sub* III, 3.

(33) **Fadda**. Opera citata, pag. 807.

(34) Con espressione non esattissima, ma efficace, il **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur der Zwangv.*, pag. 21, dice: " Secondo la sua volontà ed il suo scopo, tanto la sentenza materialmente giusta come la ingiusta, riconoscono solo un diritto esistente e solo apparentemente per quest'ultima il torto diventa diritto: in realtà resta *solo il torto protetto dal diritto* ".

non al momento in cui l'obbligazione viene fatta eseguire coattivamente, ma al momento in cui essa sorge. Al momento in cui si costituisce il diritto, nasce il vincolo immediato sulla cosa, se si tratta di un diritto reale, o il vincolo sul patrimonio del debitore, se si tratta di un diritto di credito (art. 1949 Cod. civ.). Nello stadio esecutivo il giudice dà solo esecuzione ad un diritto già sorto per altra volontà che la sua: il mutamento di diritti subiettivi, che può avvenire per effetto di quella esecuzione, era già implicitamente voluto da chi volle la costituzione del diritto a cui ora si dà esecuzione. Ecco dunque che l'ingerenza del giudice ha una importanza meramente *formale* e non *materiale* per il mutamento nello stato dei diritti subiettivi. Il che riconferma ancora una volta quanto abbiamo dimostrato circa l'inettitudine dell'attività giudiziale alla formazione dei diritti subiettivi. E dico genericamente " *attività giudiziale* „ giacchè questa inettitudine si rivela non solo nella funzione propriamente giurisdizionale del magistrato (la c. d. *giurisdizione contenziosa*), ma anche in quella funzione di tutela, nella quale si esplica l'ingerenza dello Stato nella formazione dei rapporti giuridici di diritto privato (la c. d. *giurisdizione volontaria*). Benchè da qualche autore si accenni alla giurisdizione volontaria come avente per iscopo la fondazione e lo sviluppo dell'ordinamento dei diritti privati, in contrapposto alla contenziosa che se ne proporrebbe, invece, la tutela ed il mantenimento (35), da ciò non deve dedursi che in questi casi la creazione ed il mutamento dei diritti subiettivi sia opera della attività giudiziale. Nel così detto procedimento in Camera di consiglio (il quale, del resto, comprende non solo affari di giurisdizione volontaria, ma anche di giurisdizione contenziosa), la funzione del magistrato può essere triplice. Può trattarsi anzi tutto di una mera *verificazione* dell'adempimento di atti che la legge prescrive, o della esistenza di condizioni che la legge richiede perchè sorgano determinati effetti giuridici (36); e in questo caso, evidentemente, la costituzione e il

---

(35) Così, per es., il **Wach**, *Handbuch des deutschen Civilpr.*, pag. 47, § 6, I, il quale dice: " Der Staat übt freiwillige (*iurisdictio voluntaria*) und streitige Gerichtsbarkeit (*iurisdictio contentiosa*). Der Gegensatz wird aufgestellt für das Gebiet der Konkreten Privatrechtsordnung. Sie schützen bewähren will die streitige, sie begründen entwickeln, die freiwillige Gerichtsbarkeit „.

(36) Esempio: La sentenza che dichiara l'assenza (art. 22 e seg.; 36 e seg. *Cod. civ.*); che omologa la separazione fra coniugi per mutuo consenso (art. 158

mutamento di diritti non provengono dalla verifica del giudice, ma dall'adempimento di quegli atti e dall'esistenza di quelle condizioni. Può trattarsi, invece, della partecipazione del giudice alla costituzione di atti giuridici (37), dove il magistrato è chiamato o ad integrare direttamente la deficiente potestà di volere dell'incapace o ad approvare alcuni atti fatti dal rappresentante dell'incapace, o a dare il nulla osta per alcuni atti specialmente importanti per l'ordine sociale o domestico (38). Ed in questi casi la costituzione e la mutazione di diritti dipendono dalla volontà del privato, non da quella del giudice che ha un ufficio meramente *integrativo* e *complementare* e presuppone sempre la dichiarazione della volontà privata. Può trattarsi, infine, dell'emanazione di provvedimenti di carattere conservativo o della nomina di rappresentanti di incapaci e di amministratori di patrimonî i cui proprietarî non sono conosciuti o non possono o non vogliono provvedere alla loro amministrazione o liquidazione (39). Ma anche in questi casi l'attività giudiziale non ha già per fine la costituzione o la mutazione di

---

Cod. civ., e 811 *Cod. proc. civ.*); che pronuncia l'interdizione e l'inabilitazione (art. 324 e seg.; 339 e seg. *Cod. civ.*; 836 e seg. *Cod. proc. civ.*); il provvedimento del tribunale che ordina la trascrizione e l'affissione dello statuto e dell'atto costitutivo delle società in accomandita per azioni ed anonime (art. 91 *Cod. comm.*); che riconosce la legale costituzione delle società di mutuo soccorso (art. 4 della legge 15 aprile 1886, ecc.): vedi **Wach**, *Handbuch*, pagg. 54, 59 e seg.

(37) **Fitting**, *Der Reichs Civilprozess*, 8ª ed., Berlin, 1893, pag. 4; — **Wach**, *Handbuch*, pag. 6 e seg.

(38) Così l'autorizzazione alla donna maritata di fare gli atti di cui all'articolo 134 *Cod. civ.*, pei casi dell'art. 136; l'autorizzazione al genitore, esercente la patria potestà, di fare gli atti eccedenti la semplice amministrazione (articolo 224, *alinea primo*, *Cod. civ.*); l'autorizzazione ad alienare i beni dotali (articolo 1405 *Cod. civ.*); l'approvazione all'adozione da parte della Corte d'appello (art. 215 e seg. *Cod. civ.*); l'autorizzazione a continuare il commercio nell'interesse del minore (art. 12 *Cod. comm.*).

(39) Esempi: il sequestro giudiziario e conservativo (art. 921, 924 e seg. *Cod. proc. civ.*); i provvedimenti di cui all'art. 21 *Cod. civ.*, nel caso di assenza; la nomina del curatore speciale nel caso di conflitto di interessi tra i figli e il genitore esercente la patria potestà (art. 224, *alinea secondo*, *Cod. civ.*); la nomina del curatore all'eredità giacente (art. 980 e seg. *Cod. civ.*); la nomina dei liquidatori di società commerciali quando non vi sia l'unanimità o la maggioranza richiesta dalla legge (art. 157 e 210 *Codice comm.*); la nomina del curatore del fallimento (art. 691 *Cod. comm.*), ecc., ecc.

diritti, bensì, invece, la conservazione, la dichiarazione e l'attuazione di diritti esistenti (40). Neanche sotto questo aspetto, e perciò

---

(40) Sul concetto della *volontaria giurisdizione* e sulla distinzione fra *giurisdizione volontaria* e *contenziosa*: vedi **Wach**, *Handbuch d. deutsch. Civilprozessrechts*, pagg. 47-53, § 6, I; — **M. H. Puchta**, *Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Erlangen, 1831, I, pag. 7 e seg.; — **Menger**, *System des österreichischen Civilprozesses*, Wien, 1876, I, pag. 20 e seg.; — **Drechsler**, nell'*Archiv. für die civilistische Praxis*, LXII, pag. 406 e seg.; — **Fitting**, *Der Reichs Civilprozess*, 8ª ed., Berlin, 1893, pagg. 4 e 11; — **Wetzell**, *System des ordentlichen Civilprozesses*, 3ª ed., Leipzig, 1878, pag. 513 e seg.; — **Mortara**, *Manuale di procedura civile*, I, num. 29; — **Mattirolo**, *Trattato di diritto giudiziario civile*, I, num. 1 e seg.

Un concetto sintetico *materiale* della *volontaria giurisdizione*, è difficile a darsi; e perciò gli autori italiani si limitano a descrivere i caratteri *formali* del *procedimento* di volontaria giurisdizione (mancanza di contradditore, forma di *ricorso* della domanda, forma di *decreto* della pronunzia) o della *decisione* (revocabilità, mancanza del carattere di cosa giudicata): v. **Mattirolo**, *Trattato di dir. giudiz. civ.*, num. 1 e seg. — e fra i tedeschi: **Schultze**, *Konkursrecht*, pag. 151. — Riconoscendo la difficoltà di dare un concetto esatto generale della *natura* e degli *scopi* della giurisdizione volontaria, ci siamo anche noi accontentati di riunire in tre grandi gruppi i tre ordini di materie che nel nostro diritto si trattano in Camera di consiglio; nel qual procedimento si esplica la funzione giudiziale *verificativa*, la *integrativa*, la *conservativa*, ed abbiamo riconosciuto che la costituzione di diritti subiettivi non è, neanche qui, mai opera dell'attività giudiziale. In Germania si è molto discusso, invece, per determinare la natura della giurisdizione volontaria (*freiwillige Gerichtsbarkeit*). Per alcuni, come il **Puchta**, *Handbuch des gerichtichen Verfahrens in Sachen d. freiwillige Gerichtsbarkeit*, I, pag. 4; — e il **Bayer**, *Vörtrage über d. gemeinen ordentlichen Civilprozess*, München, 1869, 10ª ed., pag. 168, la differenza fra giurisdizione contenziosa e volontaria starebbe nel fatto che il rapporto giuridico di cui si tratta sia o no in contestazione: per altri la giurisdizione volontaria avrebbe per iscopo la costituzione di un negozio giuridico, la contenziosa l'esecuzione coattiva (così **Endemann**, *Der deutsche Civilprozess*, Heidelberg, 1868, I, pag. 12 e seg.); per altri la giurisdizione volontaria avrebbe lo scopo di *prevenire*, la contenziosa di *reprimere* la violazione del diritto. V. **Glück**, *Erlauterung der Pandekten*, III, pag. 93; — **Osterloh**, *Lehrbuch des gemeinem deutschen ordentlichen Civilprozesses*, Leipzig, 1856, § 12 (citato da **Wach**, *Handbuch*, pag. 52); — **Menger**, *System des österreichischen Civilprozesses*, pag. 21; — **Fitting**, *Der Reichs Civilprozess*, pag. 11; — e, fra i nostri, il **Mattirolo**, *Trattato*, I, numeri 1 e seg.; — e il **Mortara**, *Manuale della procedura civile*, I, num. 29. — In tutte queste teorie dal concetto stesso della giurisdizione volontaria, si desume agevolmente che, neanche in essa, possono costituirsi diritti per opera esclusiva del giudice. Di ciò potrebbe dubitarsi, forse, quando si accogliesse un'altra teoria professata dal **Wetzell**, *System des ordentlichen Civilprozesses*, pag. 513; — e dal **Drechsler**, nell'*Archiv für die Civilistische Praxis*, LXII,

in nessun senso, può dirsi che alla pronuncia del giudice *come tale* si riannoda una costituzione o un mutamento nei diritti subiettivi.

62. Ma la teoria della sentenza non è solo falsa nel suo concetto fondamentale, in quanto riannoda ad una pronunzia del giudice, ed unicamente a questa pronuncia, un mutamento così importante nei diritti subiettivi, quale è quello prodotto dal concordato obbligatorio. Essa è, inoltre, insufficiente a dare una spiegazione tranquillante sul modo con cui, in seguito al concordato, avviene una diminuzione nei diritti dei creditori che non vi hanno aderito. Vedemmo che l'efficacia obbligatoria del concordato è, dai sostenitori di questa dottrina, e specialmente dallo Schultze, fatta derivare da ciò che mediante la sentenza omologatrice del concordato il giudice dichiara terminata l'azione di concorso e con ciò chiuso il fallimento di fronte a tutti gli interessati. Nella teoria della sentenza, con la impotenza a pagare del debitore, sorgerebbe nei creditori un'azione di fallimento (pretesa concursuale: *Konkursanspruch*); un'azione, cioè, diretta ad ottenere " il soddisfacimento esclusivo e comune sul patrimonio del debitore " (41). Il concordato non sarebbe altro che un procedimento avente per oggetto l'estinzione di questa azione di fallimento e, conseguentemente, la chiusura del fallimento. Tale procedimento metterebbe capo ad una sentenza la quale dichiarerebbe estinta l'azione e chiuso il fallimento " sotto le condizioni in essa stabilite ". Ma la chiusura del fallimento dipendendo esclusivamente dalla pronuncia del giudice, la volontà dei creditori passa in seconda linea e per alcuni (Schultze) diventa un elemento d'informazione, per altri (Wilmowski) acquista il valore di una conclusione di parte, mentre l'obbligo per tutti di

---

pag. 407; la quale assegna alla giurisdizione volontaria il còmpito della fondazione di nuovi rapporti giuridici, alla contenziosa il ristabilimento dei rapporti giuridici violati, dottrina a cui, in sostanza, aderisce il **Wach**, *Handbuch d. deutschen Civilprozessrechts*, pag. 53, per cui la giurisdizione volontaria è la attività del potere dello Stato diretta alla formazione, non al mantenimento, dell'ordinamento concreto dei diritti privati. Ma, secondo questi stessi autori, il giudice " parteciperebbe " alla formazione dei nuovi rapporti giuridici, non li formerebbe egli solo. (V. specialmente **Wach**, *Handbuch*, pag. 53 e seg., § 6, II); e perciò mai la volontà del giudice, ma quella privata, integrata dalla partecipazione giudiziale, potrebbe costituire nuovi diritti subiettivi.

(41) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pag. 10 e seg.

osservare la pronuncia giudiziale dipende dall'autorità di cosa giudicata che essa riveste. Ora appunto in questo collegamento del concordato all'azione di concorso, di cui segnerebbe il termine, con effetto necessariamente obbligatorio per tutti, si scopre il difetto della costruzione, la quale *non riesce affatto a spiegare la diminuzione nei diritti dei creditori per effetto del concordato.* Schultze dichiara, e su questo concetto insiste abbastanza a lungo, che " l'azione di concorso in principio non ha altro contenuto che quello dell'azione derivante dal diritto di credito, cioè il diritto al soddisfacimento sul patrimonio del debitore. Essa non è l'espressione di un nuovo rapporto giuridico *materiale* tra creditori e debitore o tra i creditori fra di loro: e perciò essa non è — dopo la sua definitiva costituzione mediante l'apertura del concorso — il fondamento di *un nuovo* rapporto giuridico *materiale.* " Con l'apertura del concorso si producono solo dei nuovi rapporti giuridici *formali,* cioè, rapporti di *diritto processuale* e questi unicamente in quanto sono necessarî per la realizzazione formale di quel diritto materiale " (42). Da ciò si desume che, per Schultze stesso, il diritto di credito spettante a ciascun creditore, non si trasforma e trasfonde nell'azione di concorso, quasi in forza di una *novazione concursuale*: ma persiste anche dopo l'apertura del fallimento e trova soltanto nell'azione di concorso il mezzo per la sua " *formale realizzazione* ". Scopo, dunque, è sempre il soddisfacimento del diritto di credito primitivo che non resta distrutto (e come lo potrebbe?) con l'apertura del fallimento: mezzo, l'azione di concorso conceduta dall'ordinamento giuridico per meglio, più rapidamente, più equamente giungere a quello scopo. Ma se il diritto di credito primitivo persiste e l'azione di concorso non è che un nuovo presidio per più efficacemente far valere quel diritto " *solo in quanto è necessario per la realizzazione formale di quel diritto materiale* " cessata l'azione di concorso con la chiusura del fallimento, non per questo il diritto di credito è venuto meno o mutato. Detto che la sentenza del concordato con la forza della cosa giudicata pone termine in modo per tutti obbligatorio all'*azione di concorso,* non è spiegato affatto come essa influisca inoltre sulle *obbligazioni del concorso.* Nè basta. Questo punto della teorica, che assegna per oggetto alla sen-

---

(42) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pag. 12.

tenza del concordato il termine dell'azione di concorso e la chiusura del concorso, è non solo insufficiente, ma errato, giacchè il concordato ha proprio per oggetto *immediato*, non la chiusura del concorso, ma il regolamento dei rapporti di credito tra debitore e creditori mediante una riduzione dei diritti di questi. La fine del concorso è un effetto *mediato*, il quale *in tanto si produce in quanto è avvenuto quel mutamento nei diritti dei creditori e negli obblighi del debitore.* Un concordato nel quale fosse stabilita *soltanto* la chiusura del fallimento e non fossero anche regolati i rapporti giuridici materiali fra debitore e creditori, non è concepibile e, ove fosse concluso, dovrebbe il giudice rifiutarne la omologazione. Ciò risulta, nel diritto germanico, in modo testuale dal § 174 della nuova ordinanza pei concorsi (43), per cui il concordato deve contenere almeno il modo e la forma del soddisfacimento dei creditori, e le garanzie di questo, se ve ne sono (44). E lo stesso deve ritenersi anche nel nostro diritto, nel quale risulta dalla natura medesima dell'istituto del fallimento come *tutela collettiva dei creditori* di fronte all'insolvenza del debitore *organizzata nell'interesse sociale* per evitare o almeno ripartire equamente le perdite da cui i creditori stessi sono minacciati (45). La procedura di fallimento presuppone l'impotenza a pagare, ed è una conseguenza *necessaria* di questa (*dichiarazione d'uffizio*); non è perciò possibile far cessare la procedura senza far cessare, mediante una diminuzione dei diritti dei creditori, l'impotenza a pagare nel patrimonio del debitore. Ma finchè dura quello stato, la procedura di fallimento, istituto di interesse sociale, ne è una conseguenza inevitabile e nessuna volontà di creditore o di giudice può farla venir meno.

Del resto le stesse critiche che SCHULTZE muove alla dottrina del diritto comune si possono rivolgere contro la sua teorica. Egli che respinge il concetto del contratto, perchè insufficiente a spiegare l'effetto del concordato sulle obbligazioni dei creditori non assenzienti, non tiene poi affatto conto delle *obbligazioni del concorso*, rinunciando così a spiegare l'effetto del concordato non solo sui diritti dei creditori dissenzienti, ma anche su quelli dei credi-

---

(43) § 61 dell'Ordinanza abrogata.

(44) Löhr, *Ueber die rechtliche Natur*, pag. 8.

(45) Bonelli, *Commentario al Codice di commercio*, Milano, 1900-1901, numeri 7 e 107; — Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*; Stuttgart, 1891, pag. 1.

tori assenzienti. Lo Schultze — è vero — nella sua definizione del concordato dice che il giudice " dichiara terminata l'azione di concorso *sotto le modalità stabilite nella stessa sentenza* ". Ma le " modalità " si debbono riferire all'azione di concorso, non alle obbligazioni del concorso, che sono qualche cosa da quella completamente distinte. L'azione di concorso, anche nel concetto del nostro contraddittore, non è un'azione materiale, ma un'azione processuale, è, cioè, il diritto dei creditori, che sorge con l'impotenza a pagare del debitore e viene formalmente riconosciuto con la sentenza dichiarativa del fallimento, di ottenere il soddisfacimento esclusivo, reciprocamente limitato, e comune dei loro crediti, sulla massa concursuale. Quest'azione è eguale per tutti i creditori; essa ha un contenuto unico ed immutabile, indipendente affatto dalle obbligazioni del concorso. Queste possono mutare; può mutare la massa; può il dividendo diventar più grande o più piccolo: l'azione di concorso rimane la stessa. Ciò prova che le modalità delle obbligazioni del concorso non sono la stessa cosa delle modalità dell'azione di concorso e tanto meno dipendono da questa. Questa giustificazione, adunque, che si tenta di dare dell'effetto del concordato sui diritti dei creditori si fonda sopra una impossibile identificazione della *azione di concorso* con l'*obbligazione del concorso* e perciò — come fu bene osservato — l'espressione " sotto le modalità stabilite nella sentenza " è un giro di parole che cerca inutilmente di nascondere un difetto nella costruzione (46).

63. Quello che abbiamo detto finora contro i concetti fondamentali della teoria della sentenza, ci dispensa dal fare una lunga confutazione degli argomenti che a favore di quella dottrina si vogliono desumere da alcune disposizioni della legge positiva, ed in ispecie, della Ordinanza concursuale germanica. Vedremo in breve come la legge positiva non suffraghi punto quella tesi: chè anzi alcuna volta la contradice apertamente.

a) Nel caso di concordato consentito da tutti i creditori l'omologazione giudiziale è necessaria; ma soltanto per porre termine alla procedura di fallimento; gli effetti sui diritti dei creditori si verificano all'infuori del pronunziato del giudice (47). E meno

(46) **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur der Zwangsv.*, pag. 14.

(47) La dottrina italiana è concorde su questo punto. Cfr. **Vidari**, *Corso*,

che mai, in questo caso, il giudice può entrare nel merito della convenienza, pei creditori, di un tale accordo. Esso deve limitarsi ad esaminare la osservanza delle forme estrinseche e la esistenza della unanimità e, ciò fatto, chiudere il procedimento (48). Quello che decide sulla diminuzione dei diritti di credito, non è dunque la pronuncia del giudice, ma la volontà dei creditori.

β) Il Codice italiano non conosce motivi di inammissibilità della proposta di concordato (49), e perciò l'obiezione derivante dalla impossibilità di limitazioni alla manifestazione di una volontà contrattuale, si ritorce, e diventa un nuovo argomento a favore della natura contrattuale del concordato nel nostro diritto. Ma l'argomento non ha valore neanche rispetto alle legislazioni che limitano l'ammissibilità della proposta di concordato. I casi d'inammissibilità stabiliti dalle varie leggi (condanna o sottoposizione a procedimento penale per bancarotta fraudolenta (50); fuga del de-

---

4ª ed., IX, num. 8445, pag. 15; — **Guariglia**, *Il concordato*, pag. 7, nota 2. — Questa è sostanzialmente, anche l'opinione della dottrina francese, la quale ammette che il concordato consentito da tutti i creditori dopo la dichiarazione di fallimento non abbisogna, per la sua validità, della omologazione giudiziale; ma aggiunge che, malgrado il concordato, la procedura di fallimento continua. V. **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 663 e 666; — **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, II, pag. 244; — **Boistel**, *Cours de droit comm.*, Paris, 1890, num. 1008; per il quale la decisione del tribunale è necessaria per far cessare la funzione dei sindaci; — **Pardessus**, *Cours de droit comm.*, III, num. 1268, pag. 118, il quale richiede l'omologazione per far cessare la procedura. L'omologazione è richiesta più specialmente dalla dottrina posteriore alla legge del 1889 sulla liquidazione giudiziaria che all'art. 16 vieta ogni concordato posteriore alla dichiarazione di liquidazione fatto senza le forme in essa legge stabilite. Ma ciò solo, si comprende, per l'effetto della chiusura della procedura di liquidazione o di fallimento. Vedi **Thaller**, *Traité élém. de droit commerc.*, 2ª ed., 1900, num. 2084; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 667.

(48) Vedi, per il concordato ad unanimità, legge concursuale austriaca, articolo 158; — **Kissling**, *Die österreichische Konkursordnung*, Wien, 1877, pag. 240 e seg.; — **Pollak**, *Concursrecht*, Wien, 1897, pag. 391; — **Schwarz**, *Das österreichisches Concursrecht*, I, pag. 239.

(49) Cfr. *infra*, num. 165; — vedi, intanto, **Guariglia**, *Il concordato*, pagina 171.

(50) Cod. di comm. francese, art. 510 e 511; — Legge belga, art. 490 e 514; — Ordinanza austriaca, §§ 207 e 208; — Ordinanza tedesca, § 175; — Codice spagnuolo, art. 898.

bitore (51)), sono veri casi di *incapacità:* riconoscendolo indegno dei benefici effetti del concordato, la legge toglie al debitore la *potestà di volere* rispetto al negozio giuridico concordato; ecco perchè la sua offerta è inammissibile. Tanto è ciò vero che la legge austriaca, la quale restringe ai soli commercianti il concordato, mentre estende la procedura di concorso anche ai non commercianti, tra le cause d'inammissibilità della proposta di concordato, annovera quella " che la ditta del fallito non sia iscritta nel registro di commercio almeno da due anni prima dell'apertura del concorso " (§ 207). Qui la legge ha voluto evidentemente impedire che il debitore civile acquisti fraudolentemente la *capacità* a concludere il concordato, facendosi inscrivere nel registro di commercio nell'imminenza del concorso.

γ) E neanche prova nulla contro la natura contrattuale del concordato il fatto che il giudice possa, in certi casi d'ufficio, in certi altri per l'opposizione degli interessati, rifiutare l'omologazione. Dato che quel contratto, — per la gravità degli effetti che ne derivano, sia riguardo ai diritti della minoranza non assenziente, sia riguardo alla cessazione dello *stato di fallimento* presupposto *materiale* della procedura di fallimento — abbia bisogno della approvazione giudiziale, si comprende come debba essere concessa al magistrato la facoltà di rifiutare la sua approvazione. Se il giudice dovesse *in ogni caso* ratificare ciò che fu convenuto tra debitore e creditori, tanto varrebbe sopprimere l'ingerenza giudiziale. Non toglie dunque al concordato il carattere contrattuale, il potere del giudice di rifiutarne la omologazione; più che non lo tolga alla vendita del fondo dotale il rifiuto dell'autorizzazione giudiziale, per ritenuto difetto di necessità o di evidente utilità del contratto (art. 1405 *Cod. civ.*); più che non lo tolga in genere a tutti i contratti degli incapaci eccedenti la semplice amministrazione il prudente arbitrio concesso dalla legge al magistrato tutelare nella omologazione di essi (52). Le disposizioni poi dei §§ 196

(51) Cod. di comm. spagnuolo, art. 898; — Ordinanza austriaca, § 207; — Ordinanza tedesca, § 175.

(52) **Wach**, *Handbuch*, pag. 51, nota 21; — **Crome**, *Die Grundlehren*, pag. 139, nota 41. — Sull'ufficio del magistrato nella funzione omologativa, vedi **Chironi**, *Istituzioni*, II, § 411: " Organo principalissimo della protezione ordinata verso l'incapace è l'ingerenza data all'autorità giudiziaria per vigilare se è

e 197 dell'Ordinanza tedesca (che del resto non hanno riscontro in nessun'altra legislazione) per le quali l'annullamento del concordato, nei casi in cui è ammesso, concerne solo la remissione portata dal concordato stesso, non già i *diritti* conferiti dal concordato ai creditori, sono, certamente, disposizioni specialissime ed eccezionali, costituiscono una misura di sommo rigore contro il debitore fraudolento (53); ma non pregiudicano la natura contrattuale del concordato. In ogni caso si tratta di una anomalia; e ciò tanto nella teoria del concordato-contratto quanto in quella del concordato-sentenza. Può essere strano un contratto, il quale vien rescisso solo in quanto riesce dannoso e non in quanto riesce di vantaggio ad una delle parti (54); ma è del pari strano l'annullamento di una sentenza formata di più capi *l'uno dipendente dall'altro* solo per il capo svantaggioso e non anche per quello vantaggioso ad uno dei litiganti (55). E dico che, nella pretesa sentenza, il capo concedente garanzie, fideiussioni, ecc., ai creditori concordatari, *dipende* dal capo, col quale s'impone ai creditori medesimi una riduzione dei loro crediti, perchè la concessione di quei diritti mediante la sentenza può essere fatta solo in quanto, d'altro canto, i diritti di credito vengono diminuiti. Una sentenza, la quale non abbia altro oggetto che la costituzione di nuove garanzie per i creditori, non è concepibile. Nella teoria dello Schultze, in seguito all'annullamento del concordato in base ai §§ 196 e 197. *resterebbero in piedi quei capi appunto della sentenza che, da soli, non avrebbero potuto costituire oggetto della decisione* (56).

---

data efficacemente: al che, tra gli altri mezzi, provvede in special modo con la *omologazione*, che è il provvedimento col quale il tribunale, procedendo con le forme volute, decide essere gli atti che vi son sottoposti conformi all'interesse del minore ed alla legge: giudicando il contrario, li respinge „.

(53) Ed infatti è ammessa nei soli casi di concordato ottenuto con inganno e di condanna del debitore per bancarotta fraudolenta, §§ 196 e 197, Ordinanza del 1898.

(54) Vedi, tuttavia, *infra*, nota 56.

(55) Codice di procedura civile, lib. II, tit. V, cap. III “ *Della revocazione* „, art. 496: “ Quando la sentenza abbia più capi, non si ammette la rivocazione che per quei capi pei quali sussista uno dei motivi indicati negli articoli precedenti, *e per gli altri che ne siano dipendenti* „. — V. **Mortara**, *Manuale di procedura civile*, II, num. 661.

(56) È sempre minore, adunque, l'anomalia di un contratto rescindibile per una parte sola: giacchè esempi di negozi giuridici efficaci solo in quanto gio-

b) Dal fatto che solo i creditori chirografari, cioè i creditori, a cui spetta l'azione di concorso, sono pregiudicati dal concordato, non si può desumere che, dunque, il concordato è una sentenza, la quale mette fine all'azione di concorso. Da quella premessa non si può legittimamente trarre altra conseguenza se non che, in virtù del concordato, si pone fine al concorso; per cui il concordato riguarda solo i creditori che prendono parte al concorso, e non anche i privilegiati ed ipotecari che ne sono esclusi (57). Ma dire che in virtù del concordato ha termine il concorso, non significa che la chiusura del procedimento concursuale è operata *direttamente* dal concordato, a cui si debbano, pertanto, attribuire i caratteri di una sentenza. Il concordato, invece, come abbiamo osservato, dà luogo alla chiusura del procedimento, ma non già *immediatamente,* bensì solo *mediatamente.* Il concordato fa venir meno quello stato patrimoniale che dà luogo alla procedura di fallimento e quindi, indirettamente, fa cadere il procedimento stesso (58). Ma non c'è affatto bisogno di trovare in una sentenza la causa modificatrice di quello stato patrimoniale; chè anzi ripugna totalmente al concetto della sentenza l'attribuire ad essa l'efficacia di mutare la

---

vano, non in quanto nuocciono ad una delle parti, o in quanto nuocciono e non in quanto giovano, non mancano. Nel testamento, p. e., si hanno per non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie alle leggi o al buon costume (art. 849 *Codice civile*). Nelle obbligazioni contratte dagli incapaci l'annullamento dell'atto giova interamente all'incapace, ma non giova al capace che ha contrattato con esso, il quale non può pretendere il rimborso di quanto ha pagato in forza della obbligazione annullata, salvo la prova che il pagato venne rivolto a vantaggio dell'incapace (art. 1307 *Codice civile*).

(57) Il concorso o fallimento è la *organizzazione della tutela collettiva dei creditori nell'insolvenza del debitore per la equa ripartizione della perdita da cui sono minacciati.* — Cfr. **Bonelli**, *Commentario*, sull'art. 683, pag. 2; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 102; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, pag. 1 e seg.; — **Garraud**, *De la déconfiture*, Paris, 1880, pagg. 92 e 93; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 2. — I creditori che non hanno bisogno di una tutela collettiva perchè non sono minacciati da alcuna perdita, cioè i creditori ipotecari e privilegiati, non hanno parte nel concorso, e sono esclusi dalla collettività in cui si trovano costituiti gli altri creditori (*massa*). V. **Thaller**, *Traité élémentaire de droit comm.*, 2ª ediz., n. 1980.

(58) Il concordato che ha per oggetto immediato la cessazione dello stato di insolvenza del debitore, non riguarda punto i creditori ipotecari e privilegiati, i quali da quello stato nulla hanno da temere e che non sono interessati a farlo cessare. Ecco perchè questi creditori non sono tocchi dal concor-

condizione di un patrimonio; mentre è invece naturalissimo ritenere che sia questo l'effetto di un accordo contrattuale.

ε) Non contradice alla natura contrattuale del concordato il voto concesso ai creditori *ammessi provvisoriamente al passivo* (59). Per quanto ammessi provvisoriamente, essi sono creditori, e della sussistenza e realtà dei loro crediti è garante una pronuncia, sia pure provvisoria, del magistrato (60). Nulla di anormale che essi siano ammessi a rinunziare contrattualmente a diritti loro riconosciuti.

ζ) Dall'avere la legge, all'art. 792 Cod. comm., stabilito, in deroga al disposto degli art. 1281, 1282 Cod. civ., che i creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i fideiussori ed i coobbligati del fallito, anche quando questi abbia ottenuto un concordato, ed essi vi abbiano volontariamente consentito, non si può dedurre nulla contro la natura contrattuale del concordato. Anzitutto quelle disposizioni del Codice civile non riguardano l'essenza della remissione come causa estintiva delle obbligazioni; sono invece meramente interpretative della volontà del remittente (61). Ma, — quel che più importa — la remissione non essendo necessariamente un atto contrattuale, ma potendo derivare anche da un negozio giuridico unilaterale (testamento), le norme scritte nella legge su quella causa di estinzione delle obbligazioni, non sono affatto norme proprie al diritto contrattuale (62) e quindi dalla loro disapplicazione non si può affatto concludere che si è fuori del campo contrattuale, nel modo istesso con cui, del resto,

---

dato: la cessazione dello stato di insolvenza non muta la loro condizione, giacchè i loro diritti erano interamente garantiti, malgrado l'insolvenza. Questa è pure la ragione per cui essi non possono votare nel concordato. Cfr. **Vidari**, *Corso*, IX, n. 8433; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, n. 577; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ediz., n. 2075; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 455.

(59) V. art. 766 e 833 Cod. comm. it.; — art. 499 e 507 Cod. comm. fr.; — art. 512 Cod. comm. belga; — § 95 Ordinanza germanica.

(60) Art. 766 Cod. comm. it.; — § 95 Ordinanza germanica. — L'ammissione provvisoria presuppone sempre gravi ragioni che fanno credere alla sussistenza del diritto (**Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 546; — **Thaller**, *Traité élémentaire*, 2ª ediz., num. 1900).

(61) **Giorgi**, *Obbligazioni*, VII, num. 328; — **Crome**, *Die Grundlehren*, pag. 379. — Per le ragioni che indussero il legislatore a respingere quella presunzione nel caso del concordato, v. in seguito num. 187.

(62) Lo prova la disposizione stessa degli articoli del Codice civile.

dalla loro applicazione, non si può dedurre la natura contrattuale di un atto. Tutto ciò, poi, lasciando da parte l'indagine, se il concordato possa essere altro contratto, che non un contratto di remissione (63).

Le cose dette finora ci autorizzano — crediamo — a concludere che la teoria della sentenza è contradetta così dai principî generali del diritto materiale e formale, come dalle norme particolari del diritto di fallimento.

64. *cc)* Nè, a salvare la dottrina della decisione giudiziale dal naufragio della critica, riesce il recente tentativo di giustificare gli effetti del concordato, derivandoli unicamente dalla pronuncia del giudice, senza tuttavia ricollegarli al termine dell'azione di concorso (64).

Partendo dalla osservazione che il concordato è un atto giuridico unico risultante da tre momenti: offerta del debitore, accettazione dei creditori, e approvazione del giudice, si è cominciato col domandare se questi tre momenti sono di eguale importanza giuridica per il concordato. E si è notato che, riguardo alla efficacia giuridica del concordato i due primi: offerta del debitore e decisione di accettazione della assemblea dei creditori, sono soltanto dei presupposti per il terzo momento: l'approvazione giudiziale. Gli effetti giuridici del concordato sono collegati esclusivamente alla approvazione giudiziale; anzi, alla decisione di approvazione passata in giudicato (65).

L'offerta del debitore e la deliberazione di accettazione dei creditori sono qualche cosa di simile alle domande di due parti in causa; e come la sentenza vera e propria assorbe queste domande, e nei suoi effetti è del tutto indipendente da esse, così col passaggio in giudicato della decisione omologativa, il concordato diventa indipendente dalla offerta e dalla accettazione. Un concordato

---

(63) Questa indagine non è qui il luogo di opportunamente fare: di essa sarà meglio parlato a suo tempo (vedi *infra*, num. 187).

(64) **Pollak**, *Das Concursrecht*, nei *Compendien des österreichischen Rechtes*, Berlin, 1897, pag. 399 e seg., *sub* IV.

(65) §§ 230, 232 e 233 Ordinanza austriaca: simili in questo, sostanzialmente, ai §§ 190, 193 e 194 dell'Ordinanza germanica del 1898 e agli art. 840 e 841 Codice italiano.

approvato è efficace e valido, anche se vengano meno i suoi presupposti. Ed al contrario il rifiuto dell'approvazione, passato in giudicato, toglie ogni efficacia giuridica all'offerta ed alla accettazione intervenuta.

In base a queste considerazioni si conclude che il concordato giudizialmente approvato è una risoluzione giudiziale non contenziosa del procedimento (non una sentenza civile), con la quale il debitore è autorizzato a soddisfare le sue obbligazioni di fronte ai creditori concorrenti e a quelli del concorso solo secondo il contenuto del concordato (66).

65. Ma questa dottrina, essa pure, offre il fianco alla critica; ed è vulnerabile sotto più di un aspetto. L'osservazione, su cui essa si fonda: " che dei tre momenti costitutivi del concordato l'ultimo solo, l'approvazione, è giudiziale, decisivo per la sua efficacia giuridica ", non è nè esatta, nè concludente. È inesatta perchè quei tre momenti, senza i quali gli effetti del concordato non si producono, sono egualmente importanti per la sua efficacia giuridica; giacchè nel mondo dei fatti, ed anche dei fatti giuridici, tutte le condizioni necessarie a produrre un determinato effetto, hanno la medesima importanza causale.

È dunque vero che se non c'è la dichiarazione del giudice il concordato non produce i suoi effetti, ma è vero altresì che questi effetti non si verificano anche quando manca l'offerta o l'accettazione, benchè ci sia la dichiarazione giudiziale; e questa volta, per la semplice ragione che manca addirittura il concordato! Quell'osservazione è, inoltre, inconcludente. Se la legge ricollega gli effetti del concordato solo alla omologazione, ciò non significa ancora che tutta l'essenza del concordato risieda nell'omologazione e che dai due elementi, dell'offerta e dell'accettazione, si possa prescindere come " giuridicamente meno rilevanti od irrilevanti " (67). Per giungere a questo risultato la dottrina in parola si è trovata costretta ad affermare che il pronunciato giudiziale modifica *direttamente le obbligazioni* e che la proposta e l'accettazione costituiscono solo delle *conclusioni* prese dal fallito e dai creditori; le quali avrebbero soltanto l'effetto di *contestare la lite* e segnare i limiti

---

(66) **Pollak**, *Das Concursrecht*, pag. 400.
(67) **Pollak**, *Das Concursrecht*, pag. 399.

della decisione giudiziale. Ma resta sempre a spiegare *come possa la pronuncia del giudice modificare tali obbligazioni;* giacchè — lo abbiamo veduto — la funzione giudiziale è funzione *meramente dichiarativa* e la sentenza del giudice è inetta a *costituire diritti.* Si oppone l'autorità della cosa giudicata; ma quest'autorità altro non ricopre, se non la cosa appunto *giudicata,* e questa è *dichiarazione* di diritti, non *costituzione.* " La massima *res judicata pro veritate habetur* — nota opportunamente il FADDA — non crea un titolo nuovo, ma presuppone l'esistenza del titolo originario. L'ordinamento giuridico non dà efficacia alla sentenza per sè, come titolo autonomo, come una causa astratta d'obbligo, ma alla sentenza in quanto — a seguito delle garanzie processuali prestabilite — la ritiene conforme al vero nell'accertare quel determinato titolo. La sentenza pone in sodo che questo titolo ha efficacia giuridica; ed è il titolo concreto, in base al riconoscimento fattone per via d'autorità, che ha questa efficacia, non la sentenza isolata dal titolo. La sentenza è, per così dire, il bollo di autenticità impresso dallo Stato al rapporto deciso " (68). Se pertanto la sentenza non riconosce che un titolo originario, e non costituisce essa medesima un titolo, bisognerà ricercarlo, anche nel concordato, questo titolo in base al quale le parti concludono e il giudice pronunzia. La dottrina della sentenza, anche nella sua veste recente, porta seco il peccato originario di questa omessa ricerca.

N. 2. — *Teorie del contratto processuale.*

Sommario: 66. *a)* Teoria del BRAVARD-VEYRIÈRES. — 67. *b)* Teoria del KOHLER. — 68. Critica di questa teoria. — 69. Teoria del BOLAFFIO. — 70. Critica di questa teoria.

66. *a)* Egualmente fondata sul concetto che la natura e gli effetti particolari del nostro istituto siano dovuti al rapporto che corre tra il concordato e la chiusura del fallimento è la teoria del *contratto processuale.*

Il primo accenno di questa dottrina si trova in BRAVARD-VEYRIÈRES: " È dunque chiaro che per questo accordo, non si poteva

(68) **Fadda**, nel *Filangieri*, 1898, pag. 807.

richiedere la condizione della unanimità. Ci si contenterà della maggioranza, ma di una maggioranza eccezionale, e di più sarà necessaria, per supplire alla mancanza di consenso di qualcuno degli interessati, l'omologazione del tribunale, senza la quale non potrebbe esistere il concordato. È dunque non un contratto propriamente detto, ma *un accordo che ha un carattere insieme convenzionale e giudiziario* „ (69).

67. Ma primo ad esporre con precisione e completezza una dottrina fondata sul concetto del *contratto processuale* fu il Kohler. Il concordato, secondo questo autore, è un contratto processuale con l'effetto civilistico della rimessione, un contratto processuale per raggiungere nel modo più rapido e più efficace possibile gli scopi del procedimento. In questo contratto processuale entrano come contraenti da una parte il debitore, dall'altra i singoli creditori concursuali. A prima vista parrebbe perciò necessario l'accordo di tutti i creditori; ma il contratto è un contratto processuale, il procedimento, a cui prendono parte i contraenti, è unico, unico è il diritto di pegno che i creditori hanno acquistato sul patrimonio del debitore in seguito all'apertura del concorso, e perciò unico deve essere il contratto che mette fine a quel procedimento, e fa cessare quel diritto. Il procedimento collettivo col relativo rapporto di pegno comune è una organizzazione di indole sociale che ha per iscopo di temperare il danno derivante dall'insolvenza del debitore e di ripartirlo fra tutti gli interessati. Questo procedimento deve avere perciò anche un'unica chiusura, e se il modo della chiusura può essere diverso, riguardo alla scelta dei diversi mezzi deve essere decisiva la volontà della maggioranza. In casi come questo, in cui tutti partecipano al buono o cattivo esito dell'affare, non deve sacrificarsi la universalità ad un singolo ostinato. Di qui il principio: il contratto processuale produce lo scioglimento del rapporto di pegno, anche quando non è consentito da tutti i creditori (70). Questa conseguenza civilistica della fine del diritto di pegno, deriva da ciò che il concordato, sciogliendo il rapporto processuale di esecuzione, è implicitamente destinato anche a far

---

(69) **Bravard-Veyrières**, *Traité de droit commercial*, 2ᵉ édit. par **Demangeat**, Paris, 1864, V, pagg. 380 e 381.
(70) **Kohler**, *Lehrbuch*, § 72, pagg. 457 e 458.

cessare il diritto di pegno civilistico. Ma, cessando un tale diritto, al posto di esso deve essere dato ai creditori qualche cosa di equivalente e precisamente deve essere dato loro, in altra forma, ciò che essi avrebbero ottenuto mediante il diritto di pegno. Il concordato, perciò, deve contenere disposizioni, su ciò che riceve ogni creditore, e sul modo con cui deve riceverlo; quindi l'oggetto delle singole obbligazioni può essere di nuovo regolato in vario modo (71). Ma poichè il contratto è un contratto processuale, e poichè gli effetti civilistici di esso sono solo la conseguenza della cessazione processuale del pegno, ne segue che il concordato, anche nei suoi effetti civilistici, si riferisce a tutte le persone che sono interessate al concorso, non solo quanto alla diversa regolamentazione dei rapporti fra debitore e creditori, ma anche per ciò che concerne i rapporti coi garanti dell'accordo. Anche il fideiussore, il quale garantisce le conseguenze civilistiche del concordato, conclude un contratto processuale: egli lo conclude con effetto processuale (perchè con quel contratto il concorso si chiude), il quale effetto processuale porta con sè quello civilistico, ed in ispecie la responsabilità del garante. E perciò colui il quale è entrato come garante del concordato, risponde verso tutti i creditori del concorso, anche quelli che nel concorso non sono comparsi (72). Il concordato però, per produrre tutti questi effetti, ha bisogno della cognizione giudiziale e di un decreto giudiziale. Questo decreto non è una sentenza; esso non deve confermare qualche cosa di preesistente, ma fondare qualche cosa di nuovo allo scopo di dare efficacia ad un contratto processuale. Qui concorrono tutti i presupposti della funzione di polizia giuridica. L'approvazione giudiziale dell'accordo, come tutto il procedimento giudiziale del concordato, è di polizia giuridica, benchè le forme, nelle quali si esplica, siano forme processuali (73).

68. Ma anche questa ingegnosa costruzione del Kohler, la quale seduce a prima vista per la sua semplicità, non ci dà una soluzione soddisfacente del problema. Lo stesso suo concetto fondamentale, quello del *contratto processuale*, sembra destinato più ad intralciare che a facilitare il giudizio sulla portata vera della teo-

---

(71) **Kohler**, *Lehrbuch*, § 73, pag. 461.
(72) **Kohler**, *Lehrbuch*, § 72, pag. 459.
(73) **Kohler**, *Lehrbuch*, § 72, pagg. 460-461.

rica. Attribuendo al contratto che si chiama concordato il carattere di “ processuale „, il Kohler non ha certo voluto riferirsi ad una categoria di contratti di natura giuridica speciale e producenti effetti giuridici particolari ed ignoti alla generalità delle forme contrattuali. Processuale il contratto perchè ha per oggetto un rapporto processuale, non già perchè sia un procedimento che assume le forme, i caratteri esterni, gli atteggiamenti di un negozio giuridico bilaterale. Procedimento e negozio giuridico sono due termini antitetici: un negozio giuridico processuale non può esservi, perchè il processo non è mai scopo, ma solo mezzo al mantenimento dell'ordinamento dei diritti privati: non vi è alcun diritto *processuale* subiettivo la costituzione del quale sia oggetto del processo (74). Ma se il contratto non è processuale che per l'oggetto, valgono, quanto ai presupposti della sua esistenza ed ai suoi effetti, le norme generali regolatrici dei contratti; e fra queste, primissima, la regola che il contratto risulta dall'incontro di due o più dichiarazioni di volontà (art. 1104 Cod. civ. it.): la regola che i contratti hanno effetto soltanto tra le parti contraenti (art. 1130). Nè si opponga che l'oggetto processuale del contratto deve influire anche sulle condizioni della sua esistenza e sugli effetti di esso, in quanto oggetto del contratto è lo scioglimento del rapporto processuale unico sorto con l'apertura del concorso, rapporto che non può *essere rispetto agli uni e non essere rispetto agli altri,* ma deve esistere o cessare di fronte a tutti. Appunto perchè oggetto del contratto è un rapporto processuale *indivisibile,* si deve giungere alla conclusione opposta: cioè che *per risolverlo contrattualmente è necessario l'assenso di tutti coloro che vi hanno parte.* Se oggetto del contratto fosse un rapporto *divisibile,* si potrebbe almeno dire che esso resta concluso ed efficace tra chi vi ha acconsentito; ma essendo invece un rapporto indivisibile, logicamente si deve dedurne che un contratto, a cui non partecipano assentendo tutti gli interessati, è impotente a far cessare quel rapporto processuale di sua natura unico ed indivisibile. Ed è infatti *principio generale di diritto processuale* che *i rapporti processuali unici a cui sono interessate più persone, non possono essere costituiti nè sciolti, se non col consenso di tutti gli*

(74) Cfr. **Wach**, *Handbuch*, pag. 9; — **Bülow**, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, LXIV, pag. 24. — Diverso è il concetto dello **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pag. 139, nota 1; e *Privatrecht und Prozess*, pag. 48 e seg.; ma egli crede che il concordato sia una sentenza.

interessati (75); e che *i rapporti processuali divisibili producono effetto solo riguardo a chi ebbe parte nella loro costituzione* (76). Dunque il concetto del contratto processuale avente per oggetto un rapporto processuale unico ed indivisibile, non solo è impotente a spiegarci l'effetto riguardo ai dissenzienti, ma dovrebbe, anzi, *condurre direttamente a negare qualunque efficacia processuale a quel contratto che non raccolga l'adesione di tutti coloro che hanno interesse nel rapporto processuale.*

Peggio ancora quando si vuol dedurre dagli effetti del contratto processuale la obbligatorietà degli effetti civilistici. Concediamo pure, per un momento (siamo ben lungi però dall'ammetterlo), che il contratto, nel suo contenuto processuale, sia obbligatorio per tutti, perchè, in ultima analisi, esso si limita a sostituire qualche cosa di equivalente a ciò che può dare attualmente la procedura di concorso, muta solo il *mezzo* posto a disposizione dei creditori per il conseguimento di quanto è loro dovuto, facendo raggiungere ugualmente, anzi più facilmente, lo *scopo* (mutamento solo *formale* nella condizione giuridica dei creditori). — Ma quando si vogliano rendere comuni a tutti i creditori le conseguenze *civilistiche* del contratto processuale, si reca invece una vera *diminuzione ai diritti dei dissenzienti,* ai quali si toglie la possibilità di pretendere, *anche per l'avvenire,* nulla all'infuori di ciò che concede loro il concordato (mutamento *materiale* nella condizione giuridica dei creditori). Ora, se pure si può imporre a chi non lo vuole un mutamento nella forma con cui gli è dato conseguire quanto gli è dovuto, come si può imporre a chi non lo vuole un mutamento *nella sostanza* dei suoi diritti?

69. *b)* La dottrina del KOHLER ha avuto l'onore di una grande fortuna in Italia; essa fu, infatti, accolta, ma non senza importanti

(75) V. **Schultze**, *Konkursrecht*, pag. 127. — Così, p. e., il deferimento, il riferimento, e la prestazione del giuramento in caso di *litis-consorzio*: **Schultze**, *Konkursrecht*, pag. 127; — **Fitting**, *Das Reichs Civilprozess*, Berlin, 1893, p. 471; — **Lessona**, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, Firenze, 1895, II, num. 457; — Ordinanza di procedura germanica, § 434.

(76) *Codice civile*, art. 1373; — **Lessona**, *Teoria delle prove*, II, num. 458; — **Ricci**, *Delle prove*, Torino, 1891, num. 298. — V. anche, su questo principio, quanto al recesso della lite: **Mancini**, **Pisanelli** e **Scialoja**, *Commento al Codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, Torino, 1861, III, num. DLII, pag. 337; — quanto ai mezzi per impugnare le sentenze, art. 469 e 470 Cod. proc. civile.

modificazioni dalla *Sottocommissione incaricata di studiare le riforme al Codice di commercio concernenti l'istituto del fallimento;* e fu svolta genialmente nella dotta *Esposizione dei motivi* dovuta alla penna del relatore Bolaffio.

Nel concetto della Sottocommissione, il concordato è un istituto di natura processuale, perchè ha per iscopo la cessazione del concorso mediante la sostituzione della liquidazione amichevole alla liquidazione forzata. Perchè questa sostituzione avvenga, è necessario che vi sia: *a)* la volontà dei creditori di sostituire una determinata liquidazione amichevole alla liquidazione forzata. Ma la procedura collettiva essendo unica, essa si definisce per tutti egualmente e contemporaneamente: d'onde la necessità che la scelta del mezzo per farla cessare si devolva al giudizio della maggioranza, " non dovendo una collettività di interessi sottostare al capriccio, al puntiglio o anche soltanto alla trascuranza del singolo "; *b)* il giudizio favorevole del magistrato sulla opportunità di sostituire la definizione amichevole, nei modi pattuiti, alla liquidazione forzata, nell'interesse dei creditori e della giustizia. — Concorrendo questi due elementi, il magistrato omologa, cioè dichiara sostituita, in modo obbligatorio per tutti, la definizione amichevole alla giudiziale. " Quindi la forza vincolativa del concordato, pei creditori dissidenti e assenti, non è una conseguenza necessaria della esistenza di quella maggioranza che la legge richiede per indurre la volontà e quindi l'interesse dei creditori; ma è la conseguenza del concorso di tutti gli elementi che devono prendersi in considerazione nel giudizio di omologazione, dei quali la maggioranza dei creditori aderenti ne è uno, ed essenziale, ma nemmeno esso decisivo e coattivo pel giudice. Con ciò non si accede all'opinione di coloro che fanno consistere la essenza del concordato nella sentenza che lo omologa. Soltanto, i creditori vogliono il concordato nel loro interesse esclusivo. Il giudice, omologandolo, ne riconosce e vi attribuisce la efficacia giuridica, ma non può modificare in modo qualsiasi, l'atto che esprime la *volontà* degli interessati (77).

70. Ma, malgrado la forma nuova e geniale con cui si presenta la dottrina del contratto processuale in questo autorevole documento legislativo, occorre pur confessare che la nuova veste

---

(77) **Bolaffio**, *Relazione sul concordato preventivo,* Torino, 1894, pagg. 45-47.

non vale a nascondere l'antico vizio di origine; e che anche questa dottrina, come quella del KOHLER, è *insufficiente a spiegare il vincolo obbligatorio nascente dal concordato pei creditori non assenzienti.* Nelle deduzioni del ragionamento lucido e acuto vi è una *lacuna logica* che procureremo di additare al lettore.

Per il Relatore della Sottocommissione dei fallimenti, l'efficacia vincolativa del concordato rispetto ai creditori, dei quali manca l'adesione, non dipende nè dalla deliberazione della maggioranza insufficiente a costituire il concordato, nè dalla pronunzia del giudice, il quale dichiara solo opportuna e giusta la deliberazione della maggioranza. Quella efficacia dipende, invece, dal concorso della volontà dei creditori espressa per maggioranza, e dalla dichiarazione giudiziale della opportunità del voluto concordato. Ma la dichiarazione da parte del giudice, della opportunità dell'accordo, non basta a spiegare l'effetto di esso per chi non lo volle. Lo riconosce lo stesso Relatore, ed è naturale: in tutti i negozi giuridici, abbisognevoli della omologazione del magistrato, questi giudica della utilità ed opportunità dell'atto; ma gli effetti dell'atto sono dovuti alla dichiarazione della volontà privata: l'ufficio del giudice è meramente *integrativo* e *complementare* (78). Ora la dichiarazione della volontà privata manca affatto nei riguardi dei creditori assenti e dissenzienti che pur sono tenuti al concordato. Come avviene, in forza di quel principio giuridico, si può ammettere che restino vincolati anche questi creditori che tuttavia non hanno voluto l'accordo? Qui sta la lacuna, a cui abbiamo accennato: questa era la difficoltà da superare e che, occorre confessarlo, non è stata superata. Non basta dire che " la procedura essendo unica essa deve finire in un modo unico per tutti ". Da questa necessità, lo vedemmo, non può dedursi altra regola se non che il concordato debba essere da tutti consentito. Per giungere alla conclusione opposta occorre metter mano a qualche altro principio: quello del contratto processuale rivela la sua insufficienza nella stessa enunciazione della teorica.

---

(78) Così nella vendita dell'immobile dotale, non è la omologazione del tribunale (art. 1405 Cod. civile) che fa trapassare la proprietà, ma la volontà delle parti; e lo stesso dicasi per gli effetti dei negozi giuridici eccedenti la semplice amministrazione posti in essere dal rappresentante dell'incapace con l'autorizzazione del tribunale (art. 224 Cod. civile) ecc. — V. **Wach**, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pagg. 9 e 61.

§ 3. — Teorie dell'obbligazione legale.

Sommario: 71. Teoria del Löhr. — 72. Critica di questa teoria. — 73. Teoria dell'Oetker. — 74. Critica di questa teoria.

71. La difficoltà di giustificare gli effetti particolari del concordato riguardo agli assenti, sia dal punto di vista del contratto, sia da quello della sentenza, ha indotto alcuni a riannodarli direttamente alla legge. Il che si è ottenuto in due modi: o facendo derivare dal contratto l'obbligo degli assenzienti, e dalla legge quello dei dissenzienti ed assenti: o invece fondando tutti quanti gli effetti del concordato, vuoi per gli assenzienti, vuoi pei non assenzienti, sopra un precetto legislativo, data l'esistenza di alcuni presupposti determinati.

A) La dottrina della *obbligazione contrattuale* per gli assenzienti, *legale* pei non assenzienti (dissenzienti e assenti) fu accolta e difesa con molto calore e convinzione dal Löhr, ed ha avuto, anche in Italia, non scarsa fortuna (1). Quest'autore incomincia con l'osservare, anche sulla scorta della evoluzione storica del nostro contratto, che il concordato, malgrado le obiezioni teoriche contro la sua anormale struttura giuridica, finisce con l'introdursi dovunque, diversamente disciplinato nei particolari, ma imperniato sugli stessi principî fondamentali. Gli è che le necessità della vita lo impongono: varianti da luogo a luogo, da tempo a tempo, variamente apprezzate e spiegate (2), ma sempre e dovunque vivamente sen-

(1) V. **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs*, pagg. 43-53, ma specialmente pag. 51 e seg.; pag. 54, pag. 77 e seg.; — **Vidari**, *Corso*, IX (4ª ediz., Milano, 1898), num. 8543; — **Supino**, *Istituzioni* (7ª ediz.), num. 617; — **Vivante**, *Istituzioni* (4ª ediz.), num. 184; — **Renouard**, *Faillites*, num. 387; — **Petersen** e **Kleinfeller**, *Konkursordnung für des deutsche Reich*, Frankfürt, 1892 (3ª ediz.), pag. 490; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 565; — **Guariglia**, *Concordato*, pag. 158; — **Sarwey**, *Deutsche Konkursordnung*, Berlin, 1896, pag. 769; — **Wieding**, in *Holtzendorff's Rechtslexicon*, III, Abh. 2, pag. 1487; — **Cavo**, *Concordato*, nel *Digesto italiano*, num. 16; — Trib. Grosseto, 24 febbraio 1890, *Foro it.*, *Rep.*, 1890, num. 208.

(2) Per il concordato dell'erede oberato nel Diritto romano la remissione

tite. A queste necessità non può soddisfare un accordo liberamente consentito da tutti i creditori, dei quali alcuni possono essere o ignoti o negligenti o ostinati: donde il bisogno che il legislatore dia un mezzo per conseguire la meta desiderata della cessazione del fallimento e del soddisfacimento amichevole dei creditori, anche in questo caso, in cui la minoranza non può o non vuole aderire all'accordo (3). Studiando quale è il mezzo a cui la legge può far ricorso, si vede come debba essere uno dei tre seguenti: *a)* Ammettere che si tratti di un obbligo imposto dalla legge alla minoranza *di concludere il contratto*. Un simile obbligo è concepibile, per il Löhr; ma dalle disposizioni della legge positiva non risulta che sia stato imposto: per il § 169 della D. K. O. ogni creditore ha diritto di acconsentire o dissentire: per il § 178 gli effetti del concordato rispetto ai non assenzienti sono indipendenti affatto da una dichiarazione di volontà: essi si verificano senza che i creditori ne sappiano nulla; nè è parola nella legge di un mezzo per ottenere forzatamente la loro adesione (4); *b)* Un altro mezzo sarebbe quello di concedere ad un'altra persona — gli interessati o il giudice — la facoltà di agire in vece di colui che dovrebbe realmente porre in essere un determinato atto giuridico: nel caso concreto, la conclusione del concordato. Rappresentanza inammissibile per il Löhr, giacchè non si può concepire che i creditori presenti, i quali hanno pienamente il diritto di rifiutare la proposta del debitore, e lo esercitano, siano legalmente rappresentati dai creditori assenzienti, i quali potrebbero accettarla in vece loro, mentre la dichiarazione della loro reale volontà sarebbe invalida, e ciò solo dal momento in cui gli assenzienti hanno raggiunto una determinata maggioranza (5); *c)* Resta solo, dunque, un terzo modo, che è quello accettato dal Löhr, per il quale il legislatore, rinunziando alla con-

---

forzata era ammessa *famae defuncti conservandae gratia* (l. 25, Dig. *quae in fraudem cred.*, XLII, 8); nel diritto consuetudinario comune il concordato era motivato dal vantaggio pei creditori di rientrare più facilmente nel loro danaro e, pel debitore, di essere rimesso alla testa de' suoi affari; per l'Ordinanza prussiana era un mezzo per i creditori di abbreviare il concorso ed ottenere più presto e con minore spesa il soddisfacimento dei loro crediti, ecc. — V. **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 42.

(3) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pagg. 43 e 44.

(4) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 47.

(5) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 48.

clusione di un contratto, di cui egli aveva di mira solo gli effetti, e non anche il fondamento, si limita a far discendere le conseguenze giuridiche da lui volute, o dalla norma giuridica direttamente, o da questa, mediante una dichiarazione del giudice. Dalla norma giuridica direttamente, quando si è fissato quali effetti giuridici debbono verificarsi, ed è già fissato che debbono verificarsi. Dalla dichiarazione del giudice, quando i diritti e le obbligazioni che debbono sorgere, possono essere trovati solo in base alla posizione di fatto del caso concreto, oppure quando i presupposti della loro esistenza hanno bisogno di verificazione. Esempio importante di una norma giuridica che supplisce ad una dichiarazione contrattuale di volontà, ci fornisce la disposizione del § 779 dell'Ordinamento processuale germanico, per la quale, allorquando un debitore è condannato al rilascio di una dichiarazione di volontà, gli effetti della mancata dichiarazione si verificano per forza di legge. Esempio, invece, di creazione giudiziale, in base alla legge, di surrogati di dichiarazioni di volontà, abbiamo nella esecuzione giudiziale di sentenze concernenti il trapasso di proprietà, la cessione di un credito, e l'accollo di un debito. Ora, anche nel caso del concordato, si ha l'applicazione di una coazione legale. Quando il debitore ha fatto la sua offerta a tutti i creditori, ed una parte di essi l'ha accettata, fra questi e il debitore è sorto il contratto. Per coloro, invece, che non consentirono, il contratto concluso stabilisce il contenuto concreto degli effetti che loro impone la legge, i quali debbono essere uguali per tutti. Se una considerevole parte dei creditori ha accettato l'accordo, se il debitore non ha dato luogo a sospetti, se è stato osservato un determinato procedimento e il giudice ha omologato il contratto; si può presumere con sufficiente sicurezza che il contenuto del contratto così stabilito sia conforme ai veri interessi di tutti i creditori; e perciò il legislatore si ritiene autorizzato a spezzare l'opposizione della minoranza ed a stabilire che ciò che vale per la maggioranza in forza del contratto, valer debba per la minoranza per forza di legge (6). Adunque *il concordato è un contratto fra il debitore e i creditori concursuali non privilegiati, che accettano la proposta di concordato, ed è un fatto con conseguenze legali per gli altri creditori non privilegiati e il debitore* (7). Posto in

(6) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 51 e seg.
(7) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 54.

essere il concordato, i diritti nuovi e le diminuzioni di diritti che hanno luogo pei consenzienti in seguito alla dichiarazione di volontà, cioè al contratto, sorgono anche per tutti gli altri creditori non privilegiati, i quali non hanno voluto il contratto, per effetto di una norma giuridica: acquisto e perdita di diritti derivanti direttamente dalla legge. I non assenzienti perdono, per forza di legge, una parte dei loro crediti. Per forza di legge è assegnato un termine alla esigibilità dei loro crediti. Per forza di legge essi acquistano un diritto al pagamento di una parte determinata dei loro crediti o al pagamento entro un termine stabilito. Per forza di legge essi acquistano, di fronte ai garanti, gli stessi diritti che gli assenzienti acquistano mediante il contratto (8). Insomma: i non assenzienti prendono *per legge* la stessa posizione giuridica che gli assenzienti per effetto del contratto. In conseguenza di tutto ciò, bisogna ammettere una ripartizione nella forza vincolativa del concordato in *contrattuale,* per una parte, e *legale,* per un'altra parte dei creditori. Ripartizione che non può recar pregiudizio alla teorica: già il Löhr ammette l'esistenza di tanti contratti e di tante cause giuridiche di obbligazione quanti sono i contraenti: perchè non si potrebbe assegnare una diversa e speciale causa giuridica agli effetti dell'accordo pei dissenzienti? Nessuna necessità vi è di dare una natura unica al concordato: il farlo, in base all'unità del nome " concordato " potrebbe forse costituire per l'istituto una semplificazione di concetti: ma una concezione di questo genere — aggiunge il Löhr — non è sostenibile. Del resto la diversità di *causa* giuridica non importa affatto diversità di *effetti* giuridici. Il § 182 (196 della nuova Ordinanza) per il quale, quando il concordato è effetto di un inganno, ogni creditore può impugnare la concordata remissione del suo credito, è una prova contro l'unità del concordato, perchè essa importa la possibilità della sussistenza del concordato per alcuni creditori, accanto all'annullamento per altri (9).

72. Questa dottrina, per cui il Löhr reclama il merito, che volentieri le concediamo, della *semplicità* (10), fu censurata da al-

---

(8) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pagg. 77 e 78.
(9) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pagg. 79-81.
(10) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 53.

cuni (11), perchè dà per l'obbligazione degli assenzienti una costruzione giuridica diversa che per quella dei dissenzienti, distruggendo così l'unicità del concetto del concordato. Noi dobbiamo, invece, confessare che, dato il punto di vista dal quale si mette il Löhr, non vi è nessuna contraddizione a chiamar *contrattuali* gli effetti giuridici del concordato riguardo agli assenzienti, e *legali* quelli che concernono i non assenzienti. E nemmeno, con tale distinzione, si scinde l'unità dell'atto giuridico " concordato ". Nella concezione del Löhr il concordato sarebbe un negozio giuridico bilaterale (contratto) tra il debitore ed i creditori assenzienti, e pei non assenzienti un fatto giuridico a cui la legge ricollega le stesse conseguenze che si producono contrattualmente rispetto agli assenzienti (12). Anche senza ricorrere — come fa il Löhr — ad una pluralità di contratti fra debitore e creditori assenzienti (13), si potrebbe ammettere la diversa natura (contrattuale e legale) delle conseguenze giuridiche del concordato. Il concordato resterebbe pur sempre un fatto giuridico unico; ma esso funzionerebbe come fatto giuridico volontario (negozio giuridico) per il debitore ed i creditori aderenti, e come un fatto giuridico non volontario, a cui la legge riannoda certe conseguenze giuridiche, rispetto ai creditori non assenzienti. — Non tanto, dunque, perchè distrugga o menomi in sè l'unità del concordato, noi respingiamo la concezione del Löhr; ma la respingiamo perchè essa non spiega e non risolve nulla. Quando si dice che i diritti nuovi e le diminuzioni di diritti sono, rispettivamente, dati ed imposte ai creditori non aderenti al concordato *per forza di legge*, in realtà, non si dice nulla e non si fa fare un passo in là alla questione. Ci si limita ad affermare una cosa sola: cioè che *la legge riannoda ad un fatto — che non è una dichiarazione di volontà e neppure una invasione nella sfera dei diritti altrui*, certe determinate conseguenze giuridiche (14). Ma quale è, nel caso concreto,

---

(11) **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 398.

(12) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 54.

(13) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 57.

(14) A rigore, ogni nascita, modificazione ed estinzione di diritti deriva dalla legge o, per essere più precisi, un diritto (subiettivo) non può nascere, modificarsi o estinguersi, senza che l'ordinamento giuridico connetta questo effetto all'esistenza di un fatto determinato. È ciò che il **Windscheid** esprime magi-

il fatto a cui la legge connette l'effetto giuridico della diminuzione e dell'acquisto dei diritti pei creditori dissenzienti? La teoria della

---

stralmente con le parole: " Un diritto nasce, si estingue, si modifica — ciò significa: è pervenuto a concreta attuazione quel fatto a cui l'ordinamento giuridico connette l'essere, non essere, l'essere diversamente del diritto. Di questo fatto si dice che esso genera, sopprime, modifica il diritto: ciò che veramente opera è la pronuncia dell'ordinamento giuridico connessa a questo fatto " (**Windscheid**, *Lehrbuch d. Pandektenrechts*, § 63). — Da ciò una duplice conseguenza che esprime due lati della stessa verità. La nascita, la modificazione, l'estinzione dei *diritti subiettivi*, è sempre l'effetto, più o meno diretto, della norma stabilita dall'ordinamento giuridico (*diritto obiettivo*) (V. **Windscheid**, *Pandekten*, § 63 e nota 1; § 68 e nota 1; — **Schlossmann**, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, pag. 270 e seg.; — **Zitelmann**, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, pag. 200 e seg.; 278 e seg.; — **Karlowa**, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin, 1877, pag. 4 e seg.; — **Bekker**, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886-1889, I, § 18, pagg. 46 e 47, e § 27, pag. 87; — e tra gli autori italiani: **Giorgi**, *Teoria delle obbligazioni*, 5ª ed., I, num. 15; III, num. 3; VI, num. 1; — **Fadda** e **Bensa**, *Note alle Pandette di* **Windscheid**, pag. 840; — e implicitamente: **Segré**, *Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano e il nuovo diritto germanico*, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXVIII (1900), pag. 169 e seg.). — Ma, inoltre, occorre sempre un fatto a cui l'ordinamento giuridico possa connettere la nascita, la modificazione o l'estinzione del diritto subiettivo. Cfr. **Giorgi**, *Teoria delle obbligazioni*, III, num. 2, pagg. 3 e 4 (" Crediamo poi superfluo ricordare come anche nelle obbligazioni che, a senso della proposta classificazione, nascerebbero direttamente dalla legge, un fatto umano è sempre necessario "); I, num. 15, pagg. 16 e 17 (" Dove poi vedonsi scaturire le obbligazioni da fonti immediate, diverse dalle quattro testè rammentate (contratto, quasi-contratto, delitto e quasi-delitto) riesce più visibile il concorso del diritto: *poichè sebbene vi si richieda anche il concorso di certi fatti umani*, i quali furono da alcuni antichi giureconsulti compresi nella formula generica di *variae causarum figurae*, ciò nondimeno è tanto secondario e nascosto il loro concorso, che i legislatori moderni hanno preferito di non parlarne nemmeno, e di dire che siffatte obbligazioni nascono addirittura dalla legge, che è quanto dire, dal diritto "); VI, num. 1, pag. 2 (" A tutto rigore, anche le obbligazioni *ex lege* richiedono un fatto estrinseco, che serve loro di causa occasionale. Ora cioè un fatto accidentale, come la caduta delle cose nostre sul fondo altrui; ora un fatto volontario, ma non preordinato a far nascere un vincolo giuridico, come la edificazione fatta in buona fede sul nostro suolo con materiali altrui; ma poichè questi ed altri simili fatti ricusano una denominazione comune e scientifica, però la nomotesia giuridica non ne tiene conto, e le obbligazioni che ne derivano si dicono nascenti *ex lege* "). — V. pure **Windscheid**, *Pandekten*, § 68, *sub* 3); — **Brinz**, *Lehrbuch der Pandekten*, 2ª ediz., I, pag. 238; — **Bekker**, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, § 31, pag. 97 e nota *g*; — **Wächter**,

legale obbligazione dei dissenzienti, nol dice: onde, a tal punto, essa potrebbe ritenersi già confutata. Ma, penetrando pure nella difficile indagine, più che non abbian fatto i fautori stessi della enunciata teoria, non pare che da essa possa cavarsi miglior costrutto. Il fatto da cui la legge deriva la conseguenza della modificazione dei diritti dei dissenzienti, è forse la semplice qualità di creditori concursuali? No; sarebbe assurdo che, solo perchè creditori di un debitore insolvente, sul cui patrimonio concorrono per il soddisfacimento reciprocamente limitato e proporzionale dei loro crediti, fossero dalla legge costretti ad una diminuzione *definitiva* dei loro diritti (15). Chè, anzi, lo scopo di tutto l'istituto del fallimento, è la tutela più *efficace* e più *giusta* dei diritti dei creditori. Nè il fatto giuridico da cui derivano gli accennati diritti e le diminuzioni di diritti pei creditori, può essere la sola dichiarazione di volontà del debitore (*proposta di concordato*). Come lo stesso

---

Pandekten, Leipzig, 1881, II, § 183, pag. 342; — **Chironi**, *Istituzioni*, II, § 582. — I fatti a cui la legge collega la nascita, la modificazione e l'estinzione dei diritti (*juristische Thatsachen)* sono: o la dichiarazione privata di volontà (negozio giuridico), o l'invasione nella sfera dei diritti altrui: fatti illeciti (delitti e quasi-delitti), e vari altri fatti non facilmente classificabili, da cui il diritto obiettivo fa derivare effetti giuridici per cause diverse di utilità. — V. **Windscheid**, *Pandekten*, § 68; — **Baron**, *Pandekten*, 9ª ediz., Leipzig, 1896, § 210, pagg. 371-373; — **Wächter**, *Pandekten*, II, § 183; — **Giorgi**, *Obbligaz.*, III, num. 3; VI, num. 2.

(15) Dico *definitiva* perchè occorre distinguere nettamente la riduzione *definitiva* o *di diritto* che risentono i creditori nell'ammontare dei loro crediti in seguito al concordato, dalla riduzione *meramente di fatto* che *possono* subire i creditori quando, nel caso di insufficienza dei beni del debitore a soddisfare i diritti di ciascun creditore concorrente, il creditore può vedersi costretto ad accettare una parte proporzionale del ricavo della vendita. Ciò avviene nel fallimento (art. 807 Cod. comm.), nell'esecuzione mobiliare (art. 651 Cod. proc. civile) e nella esecuzione immobiliare (art. 2090 e seg. Cod. civile; art. 717 Cod. proc. civile). In questi casi il creditore conserva integri i suoi diritti. — V. Cod. di comm., art. 815. — Consulta: **Chironi**, *Istituzioni*, II, § 292, *sub* 2; — **Giorgi**, *Obbligazioni*, VII, num. 17 (4ª ediz.): — **Crome**, *Die Grundlehren d. französischen Obligationenrechts*, Mannheim, 1894, § 24, pag. 310, *sub* 1; — **Baron**, *Pandekten*, 9ª ed., Leipzig, 1896, § 232, pag. 417. — Non si tratta, cioè, in questi casi, che di una deroga al disposto dell'art. 1266 Cod. civile, per il quale il creditore non può essere costretto a ricevere pagamenti parziali. Nel concordato, invece, si ha un vero caso di *estinzione dell'obbligazione mediante pagamento parziale*. V. ottimamente, circa tale distinzione, il **Polacco**, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Verona-Padova, 1898, num. 58, pag. 154.

LÖHR nota (16), dai §§ 193, 184 e 182 della legge concursuale germanica (840, 836 e 833 Cod. comm. it.), che fanno dipendere l'esistenza del concordato dalla accettazione della proposta del debitore da parte di un determinato numero di creditori, si desume che ogni creditore ha il diritto di assentire o di non assentire alla proposta del debitore: la quale, adunque, non è di per sè vincolativa pei creditori. Bisogna concluderne — come è realmente e come dice esplicitamente il LÖHR (17) — che il fatto giuridico da cui derivano effetti legali rispetto ai non assenzienti, è il contratto (per il LÖHR, i contratti) che debitore e creditori assenzienti hanno concluso. *Dunque è proprio a un contratto producente effetti a favore ed a carico di terzi che si vuol ridurre il concordato:* proposizione evidentemente assurda. Si dica pure quanto ai *diritti stipulati nel concordato a favore dei creditori*, che il contratto intervenuto fra debitore e maggioranza ha il carattere di un *contratto a favore di terzi:* si affermi pure che un tal contratto deve ritenersi valido perchè la stipulazione a favore dei creditori non aderenti, si considera come condizione di una stipulazione che i creditori assenzienti fanno per sè stessi (art. 1128 Cod. civ.). Restano sempre enormi difficoltà a considerare il concordato rispetto ai non assenzienti come un contratto a favore di terzi. Dove è, infatti, negli stipulanti (creditori formanti la maggioranza) la *volontà di beneficare i terzi creditori non assenzienti*? Dove quell'*interesse* che, specialmente nel nostro diritto, è essenziale requisito per la validità del contratto a favore di terzi (18)? E dove, nei creditori dissenzienti, la *volontà di beneficiare del contratto*, quando invece, esiste una *volontà contraria espressa mediante il rifiuto di accettazione*?

---

(16) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 46.

(17) **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 52: " Quando il debitore ha fatto la sua offerta a tutti i creditori, ed una parte di essi l'ha accettata, tra essi si è posto in essere il contratto: per quelli invece che non si sono accordati, mediante i contratti conclusi si stabilisce il contenuto concreto del contratto; e poichè tutti debbono accordarsi allo stesso modo, vi è solo bisogno di una norma giuridica che estenda l'accordo ai non assenzienti ".

(18) **V. Giorgi**, *Obbligazioni*, III (5ª ed.), num. 415 e seg.; — **Chironi**, *Istituzioni*, II, § 284. — Nello stesso senso, per il diritto comune tedesco: **Windscheid**, *Pandekten*, § 316; — **Beseler**, *Deutsches Privatrecht*, Berlin, 1880, 3ª ed., § 102, pag. 486; — **Buchka**, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Vertragen*, Rostock und Schwerin, 1852, pag. 194 e seg.; — **Baron**, *Pan-*

Come si può dunque chiamare contratto a favore di terzi un contratto a cui mancano tutti i requisiti di un valido contratto a favore di terzi? (19). Peggio quanto alle *diminuzioni di diritti* stabilite dal concordato. Una costruzione che fondi la obbligatorietà del concordato sopra il concetto del *contratto a carico di terzi*, è una contraddizione a tutto il sistema contrattuale del diritto antico e moderno, nel quale è principio generalissimo che nessuno possa in proprio nome obbligare altri che sè stesso (articolo 1128 Cod. civ.) (20). Una specie poi addirittura ultra singolare di contratto a carico di terzi si avrebbe rispetto ai creditori dissenzienti. Essi non solo sarebbero obbligati dal contratto stipulato tra altre persone *senza il concorso della loro volontà,* ma lo sarebbero *malgrado la dichiarazione espressa della loro contraria volontà* (21).

Un'altra singolarissima condizione è creata dalla teoria dell'obbligazione legale al debitore. Nessuno dei seguaci di questa dottrina, più spesso enunciata che dimostrata, si è accorto che, sdoppiando gli effetti del concordato in contrattuali rispetto ai creditori assenzienti, e legali rispetto ai non assenzienti, si deve giungere neces-

---

dekten, § 217, pag. 387, *sub* II; — **Gareis**, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, Würzburg, 1893, pagg. 27, 53, 143-146; — **Brinz**, *Lehrbuch der Pandekten* (2ª ed.), Leipzig, 1895, IV, § 585, pag. 395; — **Wächter**, *Pandekten*, Leipzig, 1881, II, § 190, pag. 389.

(19) Gli autori sono concordi nel negare questa efficacia: **Giorgi**, *Obbligazioni*, III, num. 421, pagg. 540 e 541; — **Wächter**, *Pandekten*, § 190, pag. 390.

(20) Vedi: **Chironi**, *Istituzioni*, I, § 78; II, § 284; — **Giorgi**, *Obbligazioni*, III, num. 286; IV, num. 262; — **Windscheid**, *Pandekten*, § 317; — **Brinz**, *Lehrb. d. Pand.* (2ª ed.), IV, Leipzig, 1895, § 584, pag. 384;. — **Vangerow**, *Lehrbuch der Pandekten*, 7ª ed., Malburg e Elwert, 1876, III, § 608, pag. 296 e seg.

(21) Dall'art. 1130 Cod. civile, il quale stabilisce che i contratti non hanno effetto che tra le parti, e non pregiudicano nè giovano ai terzi, *fuorchè nei casi stabiliti dalla legge*, non si può dedurre che, dunque, la legge può sempre obbligare al contratto il terzo che ha dichiarato di non volervi aderire. La legge ha voluto dire solo che vi sono casi in cui l'ordinamento giuridico riannoda ad altre cause gli stessi effetti che tra alcune persone si producono contrattualmente. E questo si comprende. Ma non si tratta di eccezione alla regola generale che il contratto *come tale* ha effetto solo fra le parti. Ciò che produce l'effetto rispetto ai non paciscenti, non è mai il contratto, ma *un'altra causa* riconosciuta efficiente dall'ordinamento giuridico. Dire che l'effetto si produce per legge è o non spiegare nulla o ricondurre erroneamente al contratto l'effetto che *contrattualmente non può prodursi.*

sariamente ad una di queste due conseguenze, egualmente assurde: *O duplicare la causa della obbligazione per il debitore nei riguardi dei non assenzienti;* oppure *dare al vincolo giuridico che lega il debitore ai dissenzienti una causa* (la dichiarazione di volontà) *per uno dei soggetti del rapporto obbligatorio, cioè il debitore, ed una causa diversa* (la legge) *per l'altro dei soggetti del medesimo rapporto, cioè i creditori non assenzienti.* Ammesso, infatti, che il concordato ha effetto rispetto ai creditori non assenzienti in forza di un precetto legale, se si ritiene la causa della obbligazione, cioè il precetto della legge, comune al debitore ed ai creditori non assenzienti, si deve concludere che la causa dell'obbligo del debitore, è duplice. Egli sarebbe obbligato anzitutto per la sua dichiarazione di volontà: senza l'offerta del debitore non v'è concordato (Codice di comm., art. 831, 832); l'offerta deve essere mantenuta fino alla conclusione del concordato (arg. art. 835, capov. 2°); deve essere fatta *a tutti* i creditori, non alla sola maggioranza (arg. art. 831, cap. 1°) (22) e deve essere mantenuta di fronte *a tutti* i creditori (arg. art. 835, capov. 2°). Ma, inoltre, il debitore sarebbe anche obbligato direttamente per legge. Questa duplicazione di causa obbligatoria, per cui la legge interverrebbe due volte a costituire l'obbligo del debitore (e quel che si dice del debitore vale anche per le terze persone garanti e fideiussori che intervengono nel suo interesse nel concordato), si presenta come così strana ed illogica, da farci preferire piuttosto la seconda ipotesi, la quale, evidentemente, è quella preferita dai nostri contraddittori, che cioè la legge operi solo nei riguardi dei *creditori non assenzienti.* Ma si cade allora nell'assurdo di una obbligazione unica, di un unico vincolo giuridico che ha causa contrattuale per uno dei subietti dell' obbligazione, e causa legale per l'altro.

Tutti gli inconvenienti logici e le incongruenze notate non sono che esempî di una serie abbastanza lunga che si potrebbe citare, e tutti dipendenti da ciò che la costruzione del vincolo dei creditori non assenzienti sopra un precetto della legge, *non è una costruzione.* Con essa, in buona sostanza, non si fa che *negare* la derivazione del vincolo giuridico da un *negozio giuridico* e da un *fatto illecito*, ed affermare genericamente che la legge riannoda ad

---

(22) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen*, pag. 47.

un'*altra causa*, che però non si nomina, quell'effetto (23). Andando, alla ricerca di quest'altra supposta causa, ci si può sbizzarrire a cogliere in fallo quante volte si vuole quella parvenza di costruzione!

73. *B*) Per sfuggire appunto a questa critica, l'Oetker ha voluto fissare con precisione quale è il *fatto giuridico* a cui la legge ricollega gli effetti obbligatorî. Collegamento che avviene, secondo questa dottrina, in modo unico per *tutti* i creditori assenzienti e non assenzienti; di tal che gli effetti giuridici del concordato derivano in modo assoluto dalla esistenza di alcuni presupposti a cui la legge li connette: la mancanza di tali presupposti fa venir meno gli effetti per *tutti* i creditori: la esistenza dei presupposti stessi li fa sorgere contemporaneamente per tutti.

Per l'Oetker, i creditori sono legati al concordato omologato *direttamente in forza della norma giuridica* contenuta nel § 178 (ora 193) dell'Ordinanza tedesca, corrispondente all'art. 840 del nostro Codice di commercio. Il fatto da cui la legge deriva le conseguenze giuridiche indicate in quelle disposizioni è una figura giuridica complessa, la quale risulta: dalla proposta del debitore, dalla deliberazione di approvazione dell'assemblea dei creditori, dal decreto di omologazione del tribunale. La *unione di questi tre atti giuridici costituisce il concordato*. La espressione della legge (§ 184 Ordin. germanico; art. 836 Cod. comm. it.) che " *il concordato* deve essere omologato dal tribunale ", è una espressione impropria. Non è il *concordato* che abbisogna della approvazione giudiziale, ma la proposta di concordato accettata, che, mediante la decisione omologativa, diventa concordato (24). Il complesso degli atti necessari per completare questa figura giuridica è il *procedimento di concordato*. Il procedimento incomincia con la proposta di concordato del debitore, o, se esso è incapace, del suo rappresentante legale (nel caso specialmente di una società commerciale) (25). La proposta è sottoposta ad un esame da parte del tribunale, che si estende alla forma,

---

(23) Vedi nota 14.

(24) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen* (nei *Festgabe der Rostocken Juristenfacultät zum fünfzjährigen Doctorjubiläum von Bernhard Windscheid*), Rostock, 1888, pag. 44.

(25) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen*, pag. 45.

al contenuto di essa, e alla esistenza dei motivi di inammissibilità preveduti dalla legge (motivi non contemplati nel Codice it.) (26). Il decreto di ammissione del tribunale è una norma individuale, *lex specialis*, rilasciata dal tribunale in forza della delegazione dello Stato (27). Esso costituisce insieme la fine del procedimento preparatorio dell'accordo, e il principio del vero e proprio procedimento. È possibile una revoca della proposta di concordato come risulta positivamente dal § 163 (176 della nuova Ord. germ.) (28). La revoca può farsi fino a che non è intervenuto il secondo atto essenziale del concordato: la decisione dei creditori. Il debitore può impedire il compimento degli atti costituenti il concordato, fino a che ciò è possibile, mediante il solo annullamento della sua partecipazione al concordato; ma non può influire sull'atto giuridico dei creditori e, conseguentemente, sul prodotto della comune attività. Sarebbe falso però trarre argomenti dai principî del diritto civile per concluderne che si tratta della perfezione di un contratto. Il consenso dell'assemblea dei creditori, si ha solo quando sono raggiunte le due maggioranze di numero e di somma prescritte dalla legge. La decisione della assemblea dei creditori ha lo stesso valore giuridico della proposta del debitore e non è in grado di supplire alla mancanza di quest'ultima. L'assemblea dei creditori dispone, con la manifestazione del consenso sui diritti dei creditori legati all'accordo *nella supposizione che segua l'approvazione giudiziale* (29).

Ma la decisione dei creditori non essendo che un elemento costitutivo del fatto giuridico " concordato ", non si può parlare di *forza obbligatoria della deliberazione di maggioranza*, come suol farsi comunemente (30).

All'offerta ed alla deliberazione dei creditori deve seguire il terzo momento costitutivo del concordato: il decreto di approvazione del tribunale. Noi possiamo distinguere nella decisione del tribunale due elementi: la dichiarazione che il concordato è da approvarsi e la dichiarazione che il concordato è approvato. La decisione è, in

(26) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen*, pag. 48.
(27) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen*, pag. 49.
(28) **Art.** 835, 2° capov., Cod. comm. italiano.
(29) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen*, pag. 55.
(30) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen*, pag. 54, nota 1.

realtà, la riunione di due decreti, uno decisivo e l'altro amministrativo, che stanno fra loro in rapporto di causa ad effetto, di dichiarazione della volontà e di attuazione della volontà. Invece la decisione che rigetta il concordato è di natura unica, è un puro decreto decisivo (31). Mediante l'approvazione non viene costituita una nuova norma, ma unitamente all'offerta ed alla decisione dei creditori, è posta in essere la condizione per l'applicazione di norme giuridiche prestabilite. Se anche il giudice emette la dichiarazione che il concordato sia da approvarsi in modo affatto implicito in forma di approvazione, pure non si può negare la necessità di distinguere i due atti nella trattazione giuridica (32). Ora è la seconda parte della decisione di approvazione, l' " approvazione ", quella che costituisce il contributo di fatto del tribunale al " concordato ". L'approvazione abbisogna di un qualche cosa da approvarsi ed in mancanza di questo è un *actum inane*: l'approvazione non ha una efficacia sanatoria, come la ratifica; ma è solo la conseguenza della mancanza di un motivo di rigetto. La maggioranza richiesta dalla legge per la deliberazione dei creditori costituisce solo una garanzia che l'accordo corrisponda all'*interesse* comune dei creditori legati dall'accordo. La garanzia della *legalità* del procedimento è data dalla decisione di approvazione emanata in base all'esame giudiziale dell'adempimento delle condizioni richieste. L'approvazione dell'accordo non serve, come la ratifica, a sanare l'imperfezione di un elemento di fatto rilevante, ma anzi ad aggiungere ad esso qualche cosa di ancora mancante. In questa catena composta di tre parti, che è il " concordato ", essa costituisce l'anello finale. I vizi sostanziali della offerta o del consenso dei creditori rimangono dopo l'approvazione e coi medesimi effetti. Il tribunale non deve consentire, ma solo completare.

Il *concordato è, perciò, un negozio giuridico risultante da tre coordinate dichiarazioni di volontà: del debitore, della assemblea dei creditori e del tribunale.* Il consenso della assemblea dei creditori e l'approvazione del tribunale sono atti giuridici pubblicistici con effetti di diritto privato (33).

---

(31) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen*, pag. 55.

(32) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen*, pag. 56.

(33) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen*, pag. 62. — A questa dottrina aderisce anche il **Franckl**, *Konkurs der offenen Handelsgesellschaft*, Prag, 1891, pag. 66.

74. Io dubito anzitutto che possa farsi rientrare sotto il concetto del negozio giuridico un atto complesso del genere di quello configurato dall'OETKER, di cui fa parte come elemento costitutivo un pronunciato giudiziale, mentre il negozio giuridico viene comunemente ritenuto una dichiarazione *privata* di volontà (34). Ma, prescindendo da ciò, più gravi censure merita la dottrina ora esposta. La quale nella sua duplice caratteristica di considerare gli effetti giuridici del concordato come derivanti direttamente dalla legge, e il concordato stesso come un fatto giuridico complesso che risulta da tre elementi distinti (offerta, accettazione, omologazione), da un lato non introduce alcun concetto utile nella ricerca della più vera natura del nostro istituto, dall'altro si rivela, in fondo, null'altro che un abile rimaneggiamento della già esaminata teoria del *pronunciato giudiziale*. Ricorrere alla legge, già lo abbiamo veduto, per spiegare i singolari effetti del concordato, non significa di per sè, fare un passo solo verso la soluzione del problema che ci preoccupa.

Qualunque fatto *giuridico* è tale in quanto il diritto obiettivo connette ad esso un determinato effetto giuridico: quella che opera, è sempre, in realtà, la legge; o meglio si direbbe, il diritto obiettivo (35). Ricercare la natura giuridica di un istituto, studiare il fondamento degli effetti che da esso derivano, vuol dire *trovare il fatto giuridico a cui la legge riconnette quegli effetti determinati* (36). E i risultati della ricerca saranno accettabili se il fatto indicato spiega soddisfacentemente il prodursi di quegli effetti. Ora ciò non avviene del fatto giuridico complesso risultante dalla proposta del debitore, dalla accettazione dei creditori e dalla approvazione del tribunale, a cui, secondo l'OETKER, la legge collegherebbe tutti gli effetti del concordato. Nei rapporti del debitore coi creditori as-

---

(34) Vedi **Windscheid**, *Pandekten*, § 68, *sub* 1 (in *opposizione* appunto alla dichiarazione di volontà del giudice); § 69, *sub* 2 e nota 1 *b*: " Quindi non è negozio giuridico in ispecie la sentenza del giudice, per quanto contenga una disposizione "; e § 302; — **Fadda** e **Bensa**, *Note alle Pandette del* **Windscheid**, pag. 840; — **Baron**, *Pandekten* (9ª ed.), Leipzig, 1896, § 48, *sub* 2; — *Motive zum Entwurf eines Burg. Gesetzb.*, I, pag. 126. — V. anche **Wach**, *Handbuch des deutschen Civilprozessr.*, pag. 9.

(35) Vedi *retro*, nota 14.

(36) **Windscheid** dice: " costrurre un fenomeno giuridico è ricondurre lo stesso ai concetti su cui si fonda " (*Pandekten*, § 316, a nota 9).

senzienti questa dottrina si palesa inutile ed inesatta. Inutile, perchè gli effetti del concordato *fra creditori assenzienti e debitore*, si spiegano in modo assai più semplice e più vero per l'esistenza dei due primi soltanto dei tre pretesi elementi del concordato: cioè la proposta del debitore e l'accettazione dei creditori: in altri termini, per l'esistenza del *contratto*. Inesatta, perchè la necessità della approvazione giudiziale di cui ha bisogno questo *contratto*, non autorizza a negarne il carattere contrattuale, per sostituirvi quello di un atto giuridico complesso: come, per la necessità dell'omologazione, nessuno penserebbe mai a negare, per esempio, carattere contrattuale alla vendita degli immobili del minore (art. 224, 301 Cod. civ.), per sostituirvi il concetto di un atto giuridico più o meno complesso. Il concetto di una funzione di vigilanza e di tutela devoluta al magistrato è ben più semplice e più rispondente alla realtà. Quanto al rapporto tra il debitore e i creditori non assenzienti, per spiegare i quali la dottrina è stata più specialmente escogitata, è facile scorgere come essa si riduca, in ultima analisi, alla già esaminata e dallo stesso OETKER respinta (37), teoria della sentenza. *Nei rapporti tra debitore e creditori non assenzienti, dei tre pretesi elementi costitutivi del concordato, offerta, accettazione, approvazione giudiziale, l'unico giuridicamente operante sarebbe la decisione omologativa del tribunale.* Gli altri due elementi non solo non bastano, *ma sono naturalmente e radicalmente incapaci* a produrre quegli effetti, che si debbono pertanto dichiarare dovuti *soltanto* alla pronuncia del giudice. E dico *naturalmente e radicalmente incapaci* perchè una dichiarazione unilaterale di volontà come l'offerta del debitore è, *per sua stessa natura,* non modificabile per il concorso di alcuna pronuncia giudiziale inetta a diminuire i diritti dei creditori non assenzienti: come, del pari, il contratto stipulato tra debitore e creditori assenzienti, è, *per sua natura,* impotente ad operare *inter alios* siffatta diminuzione. La quale, pertanto, occorre convenire, non potrebbe essere l'effetto solo e diretto della pronuncia giudiziale. E con ciò si ricade in piena teoria della sentenza.

(37) **Oetker**, *Konkursrechtl. Fragen*, pagg. 69-73.

CAPITOLO II.

La nostra teoria.

§ 1. — Il concordato come contratto.

Sommario: 75. Argomenti dedotti dalla lettera della legge a favore della contrattualità del concordato. — 76. Quale sia la condizione giuridica che rende possibile il concordato obbligatorio. — 77. Condizione giuridica dei creditori nel fallimento. — 78. Natura della comunione creditoria indotta dalla dichiarazione di fallimento. — 79. L'obbligatorietà del concordato nei non assenzienti deriva appunto dall'esistenza della comunione. — 80. Obiezioni. — 81. Risposta alle obiezioni. — 82. Valutazione sintetica delle altre dottrine raffrontate alla nostra. — 83. Natura giuridica del concordato amichevole.

75. Da tutto ciò che abbiamo detto finora ci sembra risulti in modo assai evidente che, se le teorie le quali si fondano sull'idea del contratto sono *insufficienti* a dare una spiegazione di taluni effetti particolari del concordato, più ci si allontana dalla concezione contrattualistica e più si cade nell'artificio e nell'errore. Noi riteniamo, perciò, che una *costruzione soddisfacente del concordato non sia possibile che su base contrattuale*. Indubbiamente, *il concordato è un contratto*. Lo dimostra la sua origine, la sua evoluzione storica, perfino il nome che in tutte le lingue accenna, nell'uno o nell'altro modo, all'idea contrattuale *(concordato; Akkord, Zwangsvergleich, Vergleich, Gantvergleich; concordat; convenio; arrangement, composition)*. Lo dimostrano, nella forma e nel contenuto, varie precise disposizioni della legge positiva, che giova qui richiamare:

a) Più volte la legge accenna al concordato come il prodotto della riunione dei consensi del debitore e dei creditori (1), cioè come un negozio giuridico bilaterale (contratto).

---

(1) *Cod. di comm. it.*, art. 830: " In ogni stadio della procedura di fallimento può aver luogo un concordato *tra il fallito ed i suoi creditori, se tutti vi acconsentano*. Il curatore è tenuto a promuovere con ogni diligenza la *conclusione* del concordato. Nel concordato si può *convenire* la cessazione o la continuazione del processo commerciale di fallimento, ecc. "; — art. 831: " Se non abbia luogo concordato per *consenso di tutti i creditori*, ecc. "; — art. 835: " Il con-

b) Per la legge il concordato esiste, appena l'offerta del debitore è stata accettata; la qual cosa significa che i suoi elementi costitutivi sono la *proposta* e l'*accettazione,* cioè che il concordato è un *contratto* (v. art. 831, 833, 835 Cod. commercio). Che il concordato esista con la sola accettazione della proposta, lo dimostra la dizione stessa dell'art. 836, il quale prescrive che: " *il concordato* sia omologato dal tribunale ad istanza della parte più diligente ". Prova chiarissima che, pur restando paralizzato nei suoi effetti, il concordato *esiste* ed è *valido*, prima della omologazione (2). Lo dimostra l'importanza ed il valore della omologazione, secondo l'articolo 836, per il quale l'omologazione non può essere pronunciata d'ufficio, ma deve esserlo a richiesta della parte più diligente, e lo può anche dopo un tempo notevole dalla conclusione del concordato (3), durante il quale il concordato esiste perfettamente con questo solo che i suoi effetti sono sospesi. Una posizione analoga a quella dei contratti delle pubbliche amministrazioni, sottoposti sempre alla condizione sospensiva dell'approvazione da parte dell'autorità superiore (4).

c) La legge vuole che, sebbene ne siano sospesi gli effetti fino alla omologazione (art. 840), il concordato leghi le parti che vi hanno consentito. Queste non possono revocare l'offerta e l'accettazione fatta. Che il debitore non possa revocare l'offerta, dopo intervenuta l'accettazione, si desume dall'art. 835 capov. 2°, che gli concede il diritto di ritirare l'offerta o di mutarla solo quando il concordato non sia stato consentito nella prima adunanza dalla maggioranza voluta. Che i creditori non possano revocare l'accettazione si argomenta dallo stesso art. 835, cap. 1° e 2°, che, anche in caso di non raggiunta maggioranza, concede loro il diritto di revocare l'assenso solo quando lo facciano prima del termine del-

---

cordato deve essere sottoscritto nella stessa adunanza in cui *è consentito*. Se è solamente *consentito* dalla maggioranza dei creditori presenti, ecc. "; — e anche: Art. 832 e 833. — Vedi pure: §§ 173, 184, 196, Ordinanza germanica.

(2) La legge non dichiara nullo o inesistente il concordato non ancora omologato; ma ***nullo il concordato non assentito dalla maggioranza determinata***, articolo 833.

(3) Devono trascorrere almeno i termini concessi dall'art. 836 per fare opposizione.

(4) *Legge sulla Contabilità generale dello Stato,* art. 12; Regolamento relativo, art. 110.

l'adunanza e quando il debitore ritiri la sua offerta; a più forte ragione perciò devesi ritenere irrevocabile l'assenso quando fu raggiunta la maggioranza voluta e *appena* raggiunta la maggioranza voluta. L'irrevocabilità dell'offerta e dell'accettazione dimostra l'esistenza del contratto (art. 1123 Cod. civile).

d) La legge concede ai creditori il diritto di domandare la *risoluzione* del concordato per inadempimento (art. 843): norma questa propria della materia contrattuale (art. 1165 Cod. civile).

Il concordato adunque è un contratto (5); ma la caratteristica di questo contratto di vincolare anche i creditori ignoti, assenti o dissenzienti che non vi hanno aderito, costituisce un'anomalia, almeno apparente, di fronte alla teoria generale dei contratti. Questa anomalia però scompare quando si studi attentamente il concordato nel suo processo di formazione e si consideri in ispecie *quali sono e in qual condizione giuridica si trovano i contraenti di quel contratto.* Tale studio ci condurrà alla conclusione che *le norme giuridiche che regolano il concordato sono appunto quelle norme generali che regolano la materia contrattuale.*

76. La differenza essenziale caratteristica tra il concordato amichevole e l'obbligatorio consiste, come già vedemmo, nella ben diversa efficacia del vincolo giuridico, il quale nel primo lega soltanto il debitore e i creditori che vi assentirono, mentre nel secondo lega il debitore e i creditori assenzienti e non assenzienti (dissenzienti, assenti, ignoti). Questa differenza appunto ci deve indicare la via per trovare la causa specifica della maggiore efficacia e della più ampia sfera d'azione del vincolo nel concordato obbligatorio. La differenza tra i presupposti e il modo di formazione dell'uno ed i presupposti e il modo di formazione dell'altro ci renderà conto esattissimo della diversità di natura e di effetti. Se noi consideriamo la legislazione italiana e quella in genere dei paesi che, come il nostro, non conoscono l'istituto del concordato preventivo, troveremo che *concordato obbligatorio* e *fallimento* sono due termini perfettamente correlativi: *Non vi può essere*

---

(5) Tutto ciò che abbiamo detto sinora, concerne il concordato obbligatorio o forzoso o di maggioranza che si voglia dire: della cui natura giuridica specialmente si questiona. Quanto al concordato amichevole già avvertimmo (vedi *retro*, num. 51), che la sua natura contrattuale non è contrastata.

cioè concordato obbligatorio senza fallimento dichiarato. Riguardo poi al *concordato preventivo*, esso è certo anche un concordato obbligatorio, ma, come vedremo, *presuppone sempre una dichiarazione giudiziale che sospende tutti gli atti esecutivi e crea fra i creditori uno stato di comunione per la tutela collettiva dei loro diritti sulla base dell'uguaglianza* (6). Situazione giuridica che quanto al vincolo che stabilisce tra i creditori è analoga, se non identica, a quella creata dal fallimento. Perciò noi possiamo concludere, in generale, che la ragione specifica della maggiore e più ampia efficacia del concordato obbligatorio, *si deve ricercare nella particolare condizione giuridica in cui si trovano i creditori dopo la dichiarazione di fallimento o la pronuncia che inizia il concordato preventivo*. Studiando brevemente quale è questa condizione noi avremo insieme la riprova della esattezza della deduzione stabilita, e la spiegazione del modo con cui quella particolare condizione giuridica, opera sulla formazione e l'efficacia del concordato.

77. La dichiarazione di fallimento muta profondamente la condizione dei creditori nei loro rapporti reciproci e nei loro rapporti col debitore. La legge, che vuol tutelare in modo efficace il mantenimento della uguaglianza tra i creditori, li riunisce in una comunione (*massa*) nella quale i diritti di tutti debbono essere esercitati collettivamente e contemporaneamente. Nessuno, a causa del vincolo che lo lega agli altri creditori, può separare la sua sorte da quella degli altri; se non ha una causa legittima di prelazione non può con l'esercizio di una azione esecutiva migliorare la sua condizione a detrimento degli altri creditori; non può con l'esercizio delle azioni spettanti al debitore far entrare a suo vantaggio nel patrimonio del debitore attività nuove; non può con l'esercizio dell'azione di nullità o di revocazione far proclamare la nullità o revocare a suo solo vantaggio un atto del debitore. Questo principio della riunione dei creditori in una comunione non si trova nella legge dichiarato espressamente in una formula sintetica nè

(6) Progetto definitivo della Sotto-commissione italiana, art. 5, 6, capov. 1° e 2°; art. 9, 10, 11, 12 e 13; — Progetto approvato dal Senato del Regno nella seduta 11 maggio 1891, art. 4, 7, 9, 12; — Legge francese sulla liquidazione giudiziale, art. 5, 6, 11, 13, 14 (legge 4 marzo 1889, modificata il 4 aprile 1890); — Legge belga sul concordato preventivo, art. 5, 6, 9, 14, 15, 16.

mediante l'enunciazione delle due principali conseguenze, nelle quali si manifesta. Queste ultime bensì, e quindi anche il principio generale, che è essenziale al concetto medesimo del fallimento, si deducono da varie disposizioni di legge, malgrado le lacune contenute in essa e la infelicissima formulazione dell'art. 699, al. 3°, che potrebbe far credere il contrario. Si deduce dall'articolo 817 per il quale, dichiarata la cessazione delle operazioni di fallimento per mancanza di attivo, *i creditori sono restituiti nell'esercizio dei loro diritti sui beni del fallito*. Si deduce dall'articolo 800 per il quale dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento *nessun creditore può procedere alla espropriazione forzata degli immobili* (7). Si deduce dall'art. 699, cap. 1°, per il quale i creditori sono rappresentati collettivamente dal curatore, che esercita in loro nome tutte le azioni spettanti al fallito. Si deduce dall'articolo 713 il quale prescrive che l'amministrazione del fallimento sia esercitata dal curatore, all'intento di conservare e liquidare i beni del fallito e ripartirli tra i creditori. Si deduce, infine, dagli art. 744 e seg., 793, 798 e 800, i quali tracciano al curatore il modo di adempiere a codeste funzioni, lo investono delle operazioni occorrenti alla liquidazione dell'attivo, e alla vendita dei mobili e degli immobili (8). Del resto, benchè, come vedremo in appresso, vi sia dissenso circa l'oggetto e i caratteri di questa comunione, l'esistenza della comu-

(7) **Bonelli**, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, nella *Riv. it. per le Scienze giur.*, VII, 1889, pag. 191, e *Comment.*, num. 297; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 251; — **Bravard-Veyrières** e **Demangeat**, *Droit comm.*, V, pag. 129 e seg.; — **Renouard**, *Faill.*, I, pag. 323; — **Alauzet**, *Comm.*, IV, num. 2483; — **Luciani**, *Fall.*, num. 307; — **Bolaffio**, *Comm.*, pag. 126; — **Cuzzeri**, *Comm.*, pag. 149; — **Bédarride**, *Faill.*, I, num. 86 e 87; — **Vidari**, *Corso*, VII, num. 7566 e 7567; — **Pardessus**, *Cours*, num. 1175; — **Boulay-Paty**, *Faill.*, num. 151 e seg.; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 1882-1885; — **Boistel**, *Cours*, num. 920: tutti concordi nel ritenere preclusa la via ai singoli creditori alle esecuzioni individuali. Il che è dichiarato espressamente dalla Ordinanza germanica, § 14, e dalla Legge belga, art. 453 e 454.

(8) Il principio che il curatore è il rappresentante esclusivo della massa per tutti i diritti spettanti alla massa è ammesso dalla maggioranza degli autori. V. **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 251 e 475; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 1873; — **Vidari**, *Corso*, VII, num. 7542 e 7686; — **Boistel**, *Cours*, num. 967; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 401 e seg.; — **Tartufari**, *Della rappres. nella concl. dei contr.*, num. 88; — **Wach**, *Handbuch des deutsch. Civil-*

nione fra i creditori, è ammessa concordemente da tutta quanta la dottrina italiana e straniera (9). Circa *l'oggetto* della comunione escludiamo anzitutto assolutamente che con la dichiarazione di fallimento diventi comune ai creditori il patrimonio del debitore. Per la perdita della detenzione e della gestione patrimoniale (il c. d. *spossessamento*, art. 699 princ. Cod. comm.) il debitore non perde la *proprietà* del patrimonio (10), la quale pertanto non passa ai cre-

---

prozess, pag. 589; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 231. — Di diversa opinione il **Luciani**, *Fallim.*, num. 302. — Il **Bonelli**, *Comment.*, num. 286 e 290, benchè ritenga il curatore rappresentante dell'*ente giuridico fallimento*, esclude anche egli i singoli creditori dall'agire individualmente in giudizio nell'interesse proprio e del fallimento.

(9) **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 7542, nota 1; — **Bolaffio**, nella *Temi veneta*, 1897, num. 33; 1889, 225; — **Bonelli**, *Personalità giuridica*, pag. 190; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 472; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., numeri 1668 e 1670; *Des faillites en droit comparé*, II, num. 121; — **Bravard-Veyrières** e **Demangeat**, *Droit comm.*, V, pag. 69; — **Boistel**, *Cours*, num. 467; — **Delamarre** e **Le-Poittevin**, *Droit comm.*, VI, num. 68; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 370 e seg.; *Leitfaden*, pag. 100, e nell' *Archiv für die civilistische Praxis*, LXXXI, pag. 341 e seg.; — **Canstein**, *Construction der Concursverhältnisse*, nella *Grunhut's Zeitschrift für das privat und öffentliches Recht d. Gegenwart*, IX, 1881, pag. 466 e seg.; — **Gierke**, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, pag. 920; — **Petersen**, *Die rechtliche Stellung des Concursverwalters* nel *Sächsiche Archiv für burgerliches Recht und Prozess*, I, pag. 14; — **Volderndoff**, *Das deutsche Konkursverfahren*, pag. 37; — **Schweppe**, *Das System des Concurses der Gläubiger nach dem gemeinem in Deutschland geltenden Rechte*, 3ª ediz., Göttingen, 1829, § 55, pag. 100; — **Bayer**, *Theorie des Concurs-Prozesses nach gemeinem Rechte*, 4ª ed., München, 1850, § 29, pag. 84; — **Fuchs**. *Das Concursverfahren*, Marburg, 1862, § 8, pag. 47. — Alcuni, come vedremo, parlano di una comunione semplicemente processuale (*societas litis*): V. **Wach**, *Handbuch d. deutsch. Civilprozessr.*, pag. 52, nota 21; — **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pag. 14 e seg.; — **Seuffert**, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts*, Nördlingen, 1888, pag. 88 e seg. (non più in *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, pag. 157, nota); — **Wilmowski**, *Deutsche Konkursordn.*, pag. 26; — **Sarvey**, *Konkursordnung*, pag. 74, num. 4. — Soltanto **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 234, nega l'esistenza di un qualunque rapporto giuridico comune e parla solo di un *interesse comune*.

(10) Che il debitore conservi la proprietà del suo patrimonio è stato negato da alcuni, sia per concluderne che il patrimonio è devoluto ad una persona giuridica di nuova creazione: l'*ente fallimento* (vedi **Bonelli**, *La personalità giuridica*, VII, pag. 71 e seg., e *Comment.*, num. 239 e seg.), sia per considerarlo invece come devoluto ai creditori (v. **Gunther**, *Der Concurs der Gläubiger nach gemeinem deutschen Rechte*, 2ª ed., Leipzig, 1852, pag. 34 e seg.; —

ditori che non ne diventano successori nè a titolo universale nè a titolo particolare (11). Colla dichiarazione di fallimento, invece: *a*) *diventano* comuni i diritti di credito già preesistenti dei creditori verso il debitore, dei quali il patrimonio di questi non è che la *garanzia* (art. 1948 e 1949 Cod. civ.); *b*) sono dati *in comune* a tutti i creditori alcuni diritti atti ad assicurare nel modo più completo possibile il soddisfacimento dei crediti ormai divenuti co-

---

Kori, *System des Konkursprozesses*, Leipzig, 1828, I, § 49). — Ma queste opinioni sono rimaste oramai abbandonate ed isolate. Si ammette generalmente da tutti senza difficoltà che il debitore resti *proprietario:* v. **Schweppe**, *Das System des Concurses der Gläubiger*, § 56, pag. 103; — **Bayer**, *Theorie des Concurs-Prozesses*, § 29, pag. 82; — **Puchta**, *Ueber den Konkursprozess*, Erlangen, 1827, § 132, pag. 285, nota 6; — **Schenck**, *Ueber den Uebergang des Vermögens des Gemeinschuldners auf die Gesammtheit der Concursgläubiger*, nella **Linde's** *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, XIII, pag. 67 e seg.; — **Dabelow**, *Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Glaübiger*, 2ª ed., Halle, 1801, cap. 23, pag. 679; — **Seuffert**, *Zur Geschichte und Dogm.*, *d. deutsch. Konkursrechts*, pagg. 81, 92 e seg.; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 99; — **Fuchs**, *Konkursverfahren*, pag. 44 e seg.; — **Fitting**, *Das Reichs-Konkursrecht*, pag. 30 e seg.; — **Bolaffio**, *Comm.*, num. 52, *sub* 1, pag. 107; — **Endemann**, *Das deutsche Konkursverfahren*, Leipzig, 1889, pag. 109 e seg.; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 114; — **Jäger**, *Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts*, Berlin, 1899-1900, pag. 64, annot. 17; — **Rintelen**, *Das Konkursrecht*, Berlin, 1890, § 7, pag. 41; — **Wilmowski**, *Deutsche Konkursordnung*, pag. 25, *sub* 1; — **Sarwey**, *Konkursordnung*, pag. 85, num. 3; — **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 7543; — **Luciani**, *Fall.*, num. 293; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 205; — **Boistel**, *Cours*, num. 906; — **Bravard-Veyrières** e **Demangeat**, *Traité de droit comm.*, V, pagg. 70 e 71; — **Bekker**, *Pandekten*, I, § 43, pagg. 146 e 152, *sub* 2.

(11) Nella dottrina del diritto comune, fra gli autori che ammettevano il trapasso del patrimonio nei creditori, si disputava per sapere se si trattasse di una *successione a titolo universale* o a *titolo particolare*. La teoria della successione a titolo universale fu professata dal **Leyser**, *Meditationes ad Pandectas*, med. 173, num. 4; med. 220, num. 6; — da **Mevius**, *Decisiones*, P. III, dec. 329; P. IV, dec. 145, num. 1; P. V, dec. 286, num. 5; P. VII, dec. 106, num. 3; P. IX, dec. 66 (citato da **Günther**, *Der Concurs der Gläubiger*, pag. 34, nota 60). — Ma dovè ben presto essere abbandonata, perchè ci si accorse che ai creditori passavano solo le attività (V. **Bayer**, *Theorie der Concurs-Prozesses*, § 29, pag. 82). — Si ricorse perciò alla teoria della successione a titolo particolare (*datio in solutum, cessio*). Così **Kori**, *System des Konkursprozesses*, §§ 49 e 50; — **Günther**, *Der Concurs des Gläub.*, pag. 35 e seg. — Dottrina oramai abbandonata, essendo abbandonato il concetto del trapasso del patrimonio ai creditori. — V. **Seuffert**, *Zur Gesch. und Dogm. d. deutsch. Konkursr.*, pag. 70 e seg.; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 112 e seg.

muni. I quali diritti possono brevemente raggrupparsi in tre categorie: 1°) Un diritto di pegno generale su tutto il patrimonio del debitore e, conseguentemente, il possesso e l'amministrazione da parte dei creditori di questo patrimonio (12); 2°) il diritto di far

---

(12) Malgrado le obiezioni dell'**Oetker** (*Einfluss der Concurseröffnung auf zweiseitige Verträge*, nella *Zeitschr. für deutsch. Civilprozess*, XIV, pag. 4 e seg.); — del **Petersen** (nella *Zeitschrift f. deutsch. Civilpr.*, XVII, pag. 178 e seg.); — del **Pollak**, *Das Concursrecht*, pagg. 113 e 114; — del **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 7542, nota 1; — del **Bonelli**, *Comment.*, num. 237 e 238; — del **Wilmowski**, *Deutsche Konkursordnung*, pag. 25, *sub* 1, noi riteniamo che si possa, senza incorrere in inesattezza, chiamare *diritto di pegno*, il diritto reale spettante ai creditori sul patrimonio del debitore dopo la dichiarazione di fallimento. Vedi, in questo senso: **Seuffert**, *Zur Geschichte und Dogmatik*, ecc., pag. 81 e seg.; — *Deutsches Konkursprozessrecht*, pag. 152 e seg.; — **Puchta**, *Ueber den Konkursprozess*, § 8, pag. 17, nota *n*; § 132, pag. 285, nota *b*; — **Bayer**, *Theorie des Concursprozesses*, § 29, pagg. 82 e 83; — **Thiele**, *Die Wiederpruchsklage des § 690, C. P. O.*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, LXXXIV, pag. 101 e seg.; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 99 e seg.; *Leitfaden*, § 7; — **Canstein**, *Construction* ecc., nella *Zeitschrift* del **Grünhut**, IX, pag. 677 e seg.; — **Bolaffio**, *Commento*, num. 52; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 209; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 1682 e 1683. — È vero — come nota il **Vidari**, *Corso*, l. c., pag. 229 — che il patrimonio del fallito costituisce una universalità (vedi recentemente **Fadda** e **Bensa**, *Note al* **Windscheid**, vol. I, parte 2ª, Torino, 1900, pag. 490, num. 42); ma ciò non toglie che possa formare oggetto di un diritto di pegno (vedi **Fadda** e **Bensa**, *Note*, vol. I, parte 2ª, pagg. 479-483; — **Navarrini**, *Studi sull'azienda commerciale — Il pegno*, nel *Diritto commerciale*, 1898, 870 e seg.). — Si rimprovera al concetto del diritto di pegno l'indeterminatezza del soggetto (**Pollak**, *Concursrecht*, pag. 113, *sub c)*) perchè al momento dell'apertura del concorso non si conoscono i creditori concursuali. Ma che *non siano conosciuti* non significa mica che siano *indeterminati:* chè, anzi, l'apertura del concorso fissa in modo invariabile il numero dei creditori e i loro diritti. Si obietta che si avrebbe un diritto di pegno senza possesso della cosa che ne è oggetto (**Pollak**, *Concursrecht*, pag. 113, *sub c)* e *d)*). Ma neanche ciò è vero perchè il patrimonio viene proprio in possesso dei creditori mediante la perdita dell'amministrazione (**Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 101). — Una conseguenza appunto di questo diritto reale acquistato dai creditori sui beni del debitore, è che il debitore non può in modo alcuno diminuire la pienezza dei loro diritti nè togliere loro la garanzia proveniente dal patrimonio sottoposto al diritto di pegno (il quale non è il solo patrimonio che il debitore possedeva al momento della dichiarazione di fallimento, ma essendo una *universitas* si accresce di nuovi elementi, o diminuisce restando lo stesso nel suo complesso: vedi art. 699, princ. Cod. comm.; art. 794, stesso Cod.; — **Fadda** e **Bensa**, *Note*, pagg. 490-491; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 273, pag. 380; e negli **Jering**'*s Jahrbücher*, XXIV, pag. 225 e seg.; XXVI, pag. 74

rientrare nel patrimonio del debitore tutto ciò che ne è uscito, turbando l'eguaglianza fra i creditori che la legge vuol mantenere (art. 707, 708 e 709 Cod. comm.) (13); 3°) il diritto di rappresentare il debitore in ogni azione attiva e passiva riguardante il suo patrimonio, sempre, s'intende, a mezzo del curatore, unico rappresentante legale della comunione (art. 699, cap. 1° e 2°, Cod. comm.). In questo diritto, conseguenza necessaria dello spossessamento e della traslazione della gestione patrimoniale ai creditori, che viene conferito alla massa nel modo più ampio, resta compenetrata la ordinaria azione surrogatoria dell'art. 1234 Cod. civile, della quale, in sostanza, quel diritto non è che una più larga applicazione (14).

Determinati così, in questa quadruplice categoria, i diritti attribuiti *in comune* a tutti i creditori (15), si spiega ottimamente la per-

---

e seg.). — Quindi: *l'inefficacia rispetto ai creditori* (non già nullità assoluta come parrebbe dalla lettera della legge, dalla quale si dedurrebbe erroneamente una incapacità del fallito) degli atti compiuti dal debitore dopo la dichiarazione di fallimento. Vedi art. 707, princ. Cod. it.; — **Bonelli**, *Personalità giuridica*, VII, p. 175 e seg.; — **Vidari**, *Corso*, num. 7613-7617; — **Luciani**, *Fallimento*, num. 298, 345 e 346; — **Masè-Dari**, *Commento*, pag. 176 *bis*; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 209 e seg.; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 1073, *sub a)* e 1775; — **Boistel**, *Cours*, num. 906, 910, 911; — **Alauzet**, *Commentaire*, IV, num. 2462; — **Kohler**, *Lehrbuch*, § 51, pag. 299; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 115; — **Wilmowski**, *Deutsche Konkursordnung*, pag. 54, *sub* 21. — Vedi: *Ordinanza germanica*, § 6.

(13) **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 378.

(14) Anche nella surrogatoria il creditore agisce come *rappresentante* (gli autori italiani e francesi dicono inesattamente *mandatario*) del debitore. Vedi **Giorgi**, *Obbligazioni*, II, num. 197; — **Larombière**, *Théorie et pratique des obligations*, sull'art. 1166, num. 22; — **Demolombe**, *Obl. et contr.*, II, num. 113; — **Chironi**, *Istituzioni*, § 307; — **Crome**, *Die Grundlehren* ecc., pag. 300; — **Filomusi-Guelfi**, *Lezioni sulle obbligazioni*, Roma, 1897 (litografie), pag. 360. — L'azione surrogatoria ordinaria essendo assorbita da quella più ampia dell'art. 699, 1° capoverso, che deve essere esercitata dal solo curatore, non si ammetterà un singolo creditore ad esercitare l'azione dell'art. 1234 Cod. civ. — Vedi **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 277.

(15) Tutti e quattro questi diritti, e non già il solo diritto di pegno, costituiscono l'oggetto della comunione. Il **Bolaffio** (*Commento*, num. 52), parla invece di una comunione puramente *pignoratizia*. I creditori, cioè, si trovano riuniti senza il concorso della propria volontà, nell'amministrazione del patrimonio del comune debitore: quel patrimonio è il pegno legale che, tenuto calcolo dei diritti di poziorità legittimamente acquisiti, deve soddisfare i creditori in ragione dei rispettivi loro crediti. *Il diritto di credito si trasforma*

sistenza della proprietà del patrimonio nel debitore. Vien meno così qualunque utilità anche teorica di considerare come persona giuridica la massa dei beni appartenenti al debitore (16): concetto che contradice alla convinzione comune (espressa anche nei lavori preparatori del Codice francese e della Ordinanza germanica) (17) che ritiene il debitore ancora proprietario dei beni; alla regola che ammette il debitore a liberare la massa in qualunque momento, purchè paghi integralmente i creditori (18); alla regola che gli impone il rischio delle cose appartenenti al suo patrimonio, il cui perimento non lo libera nè in tutto nè in parte dalla sua obbligazione (19); alla regola che gli dà diritto di avere dal curatore il conto nella sua gestione (20); alla regola che fa ritornare a lui ciò che può restare dopo soddisfatti i creditori, e che, al contrario, lo ritiene obbligato per il pagamento della parte dei crediti rimasti insoddisfatti dopo la ripartizione (21).

78. La comunione tra i creditori, di cui abbiamo ora dimostrato l'esistenza e l'oggetto, fu variamente qualificata dagli autori che ne studiarono la natura e le caratteristiche. Persona giuridica la

---

col fallimento in un diritto al dividendo, in un diritto cioè a percepire una quota proporzionale del pegno comune. — Ma questo concetto della comunione *puramente pignoratizia* non ci sembra esatto o, quanto meno, completo, giacchè non è vero che il diritto di credito *si trasformi* in un diritto al dividendo col fallimento: se così fosse, come lo è invece nel diritto inglese (**Thaller**, *Faill.*, I, pag. 108), il debitore sarebbe completamente liberato con la distribuzione del dividendo, mentre invece la legge dichiara precisamente l'opposto all'art. 815 Cod. commercio.

(16) In questo senso **Bonelli**, *Personalità giuridica*, ecc., pag. 175 e seg.; VI, pag. 202 e seg.; — e *Comment.*, num. 239 e seg.; — **Volderndorff**, *Die Konkursordnung*. I, pagg. 39 e seg., 127 e seg.; — **Endemann**, *Das deutsche Konkursverfahren*, pag. 214; — **Eccius**, *Preussisches Privatrecht*, 7ª ed., Berlin, 1896, I, pag. 801.

(17) Vedi **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, I, num. 10.

(18) **Bayer**, *Theorie des Konkursprozesses*, § 22, pag. 82.

(19) **Puchta**, *Ueber d. Konkursprozess*, § 132, pag. 285, nota *b*.

(20) Cod. comm., art. 841.

(21) **Puchta**, *Ueber d. Konkursprozess*, § 132, pag. 285; Cod. comm., art. 815. — Esorbiterebbe dai limiti propostici il fare una completa confutazione della teoria del **Bonelli**; ma in altra occasione ci proponiamo di esaminare criticamente tutta la sua teoria dei *presupposti della proprietà* e le sue applicazioni all'istituto del fallimento.

disse addirittura una dottrina (22). Opinione da respingersi perchè a questa comunione mancano tutti gli attributi della personalità giuridica. Manca lo scopo nel patrimonio e quindi a rigore manca il patrimonio nel senso giuridico (23), giacchè la somma dei diritti che lo dovrebbero costituire non ha altro scopo che la propria estinzione, consistendo o in crediti o in diritti accessori all'assicurazione dei crediti. Manca l'autonomia a questo patrimonio: i creditori particolari dei componenti la massa possono benissimo farvi valere i proprî diritti (24). Manca ad esso la possibilità di assumere obbligazioni; i così detti *crediti della massa* sono crediti che si fanno valere sul patrimonio del fallito, non già sui diritti dei componenti la massa; tanto è vero che hanno prelazione sui *crediti appartenenti alla massa*. Manca infine a questo patrimonio composto di diritti di credito destinati al soddisfacimento la possibilità di diventare subietto di altri diritti: tutta la sua attività si esaurisce nel soddisfacimento. — Un'altra dottrina dà a questa comunione il carattere di una comunione semplicemente proces-

---

(22) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 472; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 1675; — **Bolaffio**, *Commento*, num. 52, *sub* 5, pag. 109. — Ma vedi contro: **Wilmowski**, *Deutsche Konkursordnung*, pag. 26; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pagg. 370-371; — **Oetker**, *Konkursrechtliche Fragen*, pag. 42; — **Jäger**, *Die Konkursordnung*, pag. 64, annotazione 17; — **Seuffert**, *Zur Geschichte und Dogm.*, pag. 483 e seg.; — **Schweppe**, *Der Konkurs der Gläubiger*, § 55, pag. 100; — **Bonelli**, *Person. giurid.*, VII, pagg. 190 e 188.

(23) **Fadda** e **Bensa**, *Note al* **Windscheid**, vol. I, parte 1ª, pag. 667 e seg.

(24) **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 372. — Non si argomenti l'autonomia da ciò che i membri della comunione non rispondono dei debiti della massa, che entro i limiti della massa. Già non è vero, che dovunque è responsabilità limitata, ivi è persona giuridica (es. art. 491 Cod. comm.; art. 968 Cod. civ.): eppoi quei debiti non gravano personalmente i componenti la massa, perchè sono stati contratti *in nome del debitore* che la massa rappresenta e non possono perciò essere pagati che sul patrimonio del debitore. Il rovescio della medaglia sta nel diritto dei creditori *della massa* di essere pagati prima dei creditori *sulla massa;* il che è dovuto, se si tratta di debiti incontrati nell'*aumentare* il patrimonio del debitore, al principio che *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno* (**Bonelli**, *Personalità giuridica*, VII, pag. 180 e seg.; — **Sacerdoti**, *Fallimento*, nell'*Enciclopedia giuridica*, num. 71); se si tratta di spese e debiti incontrati nell'assicurare e liquidare il patrimonio, al principio che i debiti e le spese incontrati nella assicurazione e soddisfazione del credito vanno pagati prima del credito (vedi art. 1956, num. 1, 1961, 2010 princ., 2032 Cod. civ.; art. 684, 2° capoverso, art. 716, 2° capoverso, Cod. proc. civ.; art. 809, art. 253, Cod. comm.).

suale: di una *societas litis* (25). Ma il *litisconsorzio* presuppone una *comunanza di interesse tra le parti* (§§ 56-58 Ord. processuale germanica: art. 471 Cod. proc. civ.) (26), mentre tra i creditori vi è *opposizione di interesse*, perchè interesse di ognuno sarebbe di ottenere l'integrale e immediato soddisfacimento del suo credito, anche a detrimento degli altri. Nè può trattarsi di un caso di *litisconsorzio qualificato o necessario*. Questo si ha quando il rapporto giuridico controverso tra i *litisconsortes* e il contradittore comune per la sua natura o per le disposizioni del diritto civile deve essere regolato in modo unico di fronte a tutte le parti (27). Ma l'esistenza di questa specie di *litisconsorzio* presuppone già, lo si comprende al solo enunciarne la nozione, *l'esistenza di un rapporto giuridico comune di diritto materiale fra i litisconsortes.* Non si può, dunque, affermare la comunione processuale senza affermare implicitamente anche *almeno* l'esistenza di una comunione di diritto materiale. La contraddizione non consente di ammettere il c. d. *litisconsorzio qualificato* e negare il rapporto giuridico comune di diritto materiale. — È stata, infine, qualche volta messa innanzi l'idea che fra i creditori si costituisce mediante la dichiarazione di fallimento una *società*, o meglio, una *associazione*, vale a dire una società senza scopo di lucro (28). Opinione contradetta dalla mancanza dell'elemento essenziale e caratteristico di qualunque forma di società: l'*animus societatis contrahendae* (29).

Noi riteniamo, invece, che la massa dei creditori, dopo la dichiarazione di fallimento, si trovi in *un vero e proprio stato di comunione*. Non si tratta però più di una comunione semplice come

---

(25) **Wach**, *Handbuch des deutsch. Konkursprozessrechts*, pag. 52, num. 21; — **Seuffert**, *Zur Geschichte und Dogmatik*, ecc., pag. 87 e seg.; — non più in *Deutsches Konkursprozessrecht*, pag. 157, nota; — **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pag. 14 e seg.; — **Wilmowski**, *Deutsche Konkursordnung*, pag. 26; — **Sarwey**, *Deutsche Konkursordnung*, pag. 74, num. 4; — **Fitting**, *Konkursrecht*, § 5, nota 17; — **Petersen** e **Kleinfeller**, *Konkursordnung für das deutsche Reich*, 3ª ed., Frankfurt, 1892, pag. 17.

(26) Vedi **Fitting**, *Der Reichs Civilprozess*, 9ª ed., Berlin, 1893, pag. 100 e seg.

(27) **Fitting**, *Der Reichs Civilprozess*, pag. 102, *sub* IV; — *Konkursprozessordnung* germanica, § 59.

(28) **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, I, num. 96; *Traité élém.*, 2ª ed., num. 1668.

(29) **Bonelli**, *Commentario*, Milano, 1900-1901, num. 52, pag. 110, nota 3.

la regolano gli articoli 673 e seg. Cod. civ.; bensì di una *comunione qualificata*, cioè di una comunione, i cui membri nelle reciproche limitazioni, che importa necessariamente lo stato di comunione, sono legati fra loro da un vincolo assai più stretto, e formano, di fronte ai terzi, una massa assai più compatta ed omogenea che non nella *comunione pura e semplice*. Il nostro diritto — lo ammette la dottrina e risulta dai lavori preparatorî del Cod. civ. (30), — non conosce un tipo unico di comunione. — Da un confronto tra le disposizioni degli articoli 673 e seguenti Cod. civ. e quelle concernenti varî istituti giuridici regolati dallo stesso Codice, nei quali pure esiste indubbiamente un rapporto di comunione, non è difficile desumere la nozione di un'altra forma comunitativa, che nelle sue linee fondamentali si avvicina assai alla " *communio zur gesammten Hand* „ del diritto germanico. Secondo il Cosack le differenze tra la *comunione per quota separata* e la *comunione* " *zur gesammten Hand* „ consiste in ciò che, nella prima, ogni partecipante può esercitare *da solo* il diritto di proprietà per la sua quota, con riguardo, però, al diritto degli altri partecipanti; mentre nella seconda ciò non è possibile, e, o debbono tutti i partecipanti unirsi per l'esercizio collettivo del diritto, oppure per legge o per contratto questo diritto deve essere deferito ad uno dei partecipanti il quale non agisce in suo solo nome, ma anche a nome degli altri compartecipanti come loro rappresentante (31). Ora anche il nostro diritto conosce una

---

(30) **Bianchi**, *Corso di Cod. civ.*, IX, 3, pag. 775; — **Ricci**, *Corso di Cod. civ.*, V, num. 1; — **Borsari**, *Il Cod. civ. commentato*, II, § 1393.

(31) Vedi **Cosack**, *Lehrbuch des deutschen burgerlichen Rechts auf der Grundlage des burgerlichen Gesetzbuchs*, 3ª ed., I, Jena, 1900, § 38, pag. 125. — L'origine storica della espressione *communio zur gesammten Hand* è da ricercarsi nella dichiarazione di volersi obbligare o di voler acquistare un diritto tutti insieme, congiuntamente, il che si esprime simbolicamente con la riunione delle mani e quindi *mit gesammten Hand: zur gesammten Hand*. Vedi **Stobbe**, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3ª ed., bearbeitet von Lehmann, II (Berlin, 1897), §§ 97, 98, 179, 226, 251 e 252; III (Berlin, 1898), § 221, *sub* II; — **Stobbe**, *Miteigenthum u. gesammte Hand* in *Zeitschrift für Rechsgeschichte*, IV, 218, 224; — **Endemann**, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 7ª ed., (Berlin, 1900), § 180, pag. 815; — **Gierke**, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, I, pagg. 661, 664; — **Jörges**, *Zur Lehre vom Miteigenthum und der gesammten Hand, nach deutschen Reichsrecht*, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, N. F., XXXVI (1901), pag. 47 e seg. — Per ún riavvicinamento tra *società commerciale* e *communio zur gesammten Hand*, v. **Navarrini**, nel *Dir. comm.*, 1901, 665 e seg.

figura analoga di comunione; una figura, ad ogni modo, che si differenzia abbastanza nettamente dalla *comunione semplice* e che perciò noi chiameremo *comunione qualificata*. Le differenze sono le seguenti: *a*) nella comunione semplice ogni partecipante può disporre liberamente della sua quota (art. 679 Cod. civ.) (32) ed esercitare gli altri diritti inerenti alla proprietà sulla cosa oggetto della comunione " purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall'uso e non se ne serva contro l'interesse della comunione o in modo che impedisca agli altri partecipanti di servirsene secondo il loro diritto " (art. 675). Nella comunione *qualificata* invece (di cui ci offrono importanti esempi la comunione indotta dal contratto di società [art. 1697 e seg.], i consorzi volontari e coattivi per la derivazione e l'uso dell'acqua, per la bonificazione e il prosciugamento dei terreni [art. 657 e seg.], la comunione di beni fra coniugi [art. 1433 e seg.]), nessuno dei comunisti può da solo disporre della cosa oggetto della comunione, neanche per la sola sua quota (art. 1724, 1725, 660, 661, 1434, 1438) (33), nè esercitare da solo gli altri diritti inerenti alla proprietà sulla cosa comune (arg. art. 1710, 1711, 1434, 1438, 661 Cod. civ.) (34); *b*) nella comunione semplice nessuno può essere costretto a restare in comunione: ogni privata disposizione in contrario è di regola nulla ed eccezionalmente ha una portata limitata; malgrado la disposizione, l'autorità giudiziaria può sempre ordinare lo scioglimento della comunione

---

(di cui non ci sembra esatta la traduzione della frase *communio zur gesammten Hand* in *proprietà a mano comune*, giacchè se una traduzione è possibile che renda alla men peggio il concetto germanico della *communio zur gesammten Hand*, questa non può essere data che dalla frase: *comunione a mani riunite*. La frase *proprietà a mano comune* non fa che ripetere il concetto romano della comunione semplice).

(32) I suoi creditori potranno perciò ottenere lo scioglimento della comunione e potranno soddisfarsi immediatamente sulle cose comuni (art. 680, 681).

(33) I creditori particolari dei comunisti perciò non potranno soddisfarsi immediatamente sulle cose comuni, ma dovranno attendere il termine della comunione (art. 1234 e 1724, 660, 1436, 1438 Cod. civ.).

(34) Non contradice a questa regola l'art. 1859, num. 2, Cod. civ., che riproduce il disposto dell'art. 675 Cod. civ. riguardo alla comunione. Portato nel titolo " della società " quell'articolo assume un significato ben diverso e quasi opposto, a cagione dello scopo di guadagno inerente al contratto di società. In ciò sono concordi gli autori: vedi **Pont**, *Sociétés*, sull'art. 1859, num. 570 e seg.; — **Troplong**, *Sociétés*, num. 729 e seg.; — **Bianchi**, *Corso di Cod. civ.*, IX, 3, Torino, 1900, pag. 892 e seg.

(art. 681; 984): nella comunione *qualificata*, invece, la regola è opposta: i partecipanti sono obbligati a restare in comunione (art. 1708, 1733, 1734, 1735, 1441, 660 Cod. civ.) e la regola non soffre che poche e particolari eccezioni (v. art. citati); *c*) la *comunione semplice* non può aver per oggetto che la *proprietà o un altro diritto reale* (35): la comunione qualificata, invece, in cui il vincolo tra i partecipanti è tanto più stretto e tanto più limitato, l'esercizio dei loro diritti particolari può avere per oggetto *anche un diritto di credito* (36).

79. Ora la comunione indotta tra i creditori dalla dichiarazione di fallimento è appunto una *comunione qualificata* (37). I creditori non possono esercitare il loro diritto di credito, nè i diritti accessori, se non collettivamente; sono costretti a restare in comunione fino al termine della procedura di fallimento; l'oggetto della comunione è costituito da diritti personali e reali. Questa comunione ha un legale rappresentante, suo organo esecutivo: il curatore; un organo consultivo ed ispettivo: la delegazione dei creditori; ed un organo deliberativo: l'assemblea dei creditori.

Dalla esistenza e della particolare natura della comunione, deriva appunto l'efficacia del concordato riguardo ai creditori non assenzienti.

Già, nella comunione semplice, noi troviamo scritta nella legge la regola che " per l'amministrazione e pel miglior godimento della cosa comune le deliberazioni della maggioranza sono obbligatorie anche per la minoranza dissenziente " (art. 678). E questa regola troviamo richiamata esplicitamente o implicitamente dovunque è un rapporto di comunione (esempio: art. 658, 1000 Codice civile; 495 Cod. di commercio). Principio che trova un'ampia giustificazione

---

(35) **Bianchi**, *Corso*, IX, 3, pag. 779: " Un diritto semplicemente personale ossia di credito ancorchè fosse stato acquistato per la medesima causa e per unico atto da più persone, si dividerebbe *ipso iure* fra queste in proporzione delle quote per cui ciascuna di esse avesse concorso ad acquistarlo, talchè non potrebbe considerarsi una *comunione* ".

(36) **Pothier**, *Société*, num. 31; — **Pont**, *Commentaire. Traité des sociétés*, num. 174 e 175; — **Cosack**, *Lehrbuch des deutsch. bürg. Rechts*, pag. 393, *sub* 3; — **Dernburg**, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, II, (2ª ed.), Halle, 1899, § 166, pag. 384, *sub* 1.

(37) Il concetto della comunione *zur gesammten Hand* fra i creditori, è accolto da **Wach**, *Der Zwangsvergleich, Eine Civilprozessuale Abhandlung*, Leipzig, 1896, pag. 78; — e dal **Seuffert**, *Deutsches Konkursprozessrecht*, pag. 157, nota.

quando si pensi ai rapporti che corrono tra la *volontà di tutti i partecipanti ad una comunione* e *la volontà del singolo partecipante.* Anche nella comunione semplice la coesistenza di più diritti di proprietà sulla medesima cosa importa limitazioni reciproche all'esercizio del diritto di proprietà dei singoli partecipanti: ciò risulta dalla legge stessa (art. 675 Cod. civ. ital.): " Ciascun partecipante può servirsi delle cose comuni purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall'uso e non se ne serva contro l'interesse della comunione, o *in modo che impedisca agli altri partecipanti di servircene secondo il loro diritto* " (cfr. analogamente: Cod. civile germanico, § 743). Per quanto, entro certi limiti, ogni partecipante possa esercitare da solo i diritti inerenti alla proprietà, vi sono adunque, anche nella comunione semplice, atti che non possono compiersi se non dalla collettività nella quale soltanto risiede il pieno esercizio del diritto di proprietà. E precisamente, questi atti concernono la conservazione della cosa comune e lo sfruttamento di essa, quando non ne sia possibile l'uso diretto da parte di tutti i comunisti (per es.: nel caso di un fondo, di una nave da trasporto, di un opificio). Per il compimento di tali atti non basta evidentemente la volontà *di un singolo partecipante;* è necessaria la volontà *di tutti* i partecipanti: la volontà generale. Se ciascun partecipante, perseguendo il suo scopo individuale, esprime isolatamente la sua volontà individuale, e le singole volontà si trovano ad essere *casualmente* conformi, nessuna difficoltà per il compimento di quegli atti. Ma è questo un caso ben raro a praticamente verificarsi. Quando ciò non si verifichi, due vie sono aperte: o dichiarare impossibile l'esercizio di questi diritti in omaggio al *veto* del singolo, il che renderebbe impossibile il conseguimento dello scopo comune e contraddirebbe alle stesse ragioni d' essere della comunione — oppure, ed è questa evidentemente l'unica soluzione a cui ci si possa appigliare, andar in cerca di una volontà che sia, egualmente che la volontà di tutti i partecipanti, l'espressione dell'interesse comune. — Sorge così il *problema della volontà collettiva,* la quale non è la volontà individuale e neppure la somma aritmetica delle volontà individuali, ma la *risultante,* la *fusione* delle singole volontà individuali in quanto proseguono lo *scopo* comune, e sono perciò espressioni dell' *interesse* comune (38). Potrà questa

(38) *Codice civile,* art. 675, 678. — Tanto è vero che si tratta di una volontà

volontà collettiva essere la volontà *unanime* dei partecipanti cioè la risultante delle volontà *di tutti* i singoli partecipanti, in quanto dirigendosi allo scopo comune *coscientemente si accordino.* Ma nulla vieta che, o per volontà di tutti i singoli comunisti, espressa una volta per sempre nell' atto stesso iniziale della costituzione della comunione, o pel solo fatto della costituzione della comunione, cui l'ordinamento giuridico riannodi una tal conseguenza, si deferisca ad uno speciale *organo* della comunione il *titolo*, cioè la *competenza*, di esprimere la volontà collettiva. Ora nulla di più logico, di più giusto, di più naturale che organo della comunione sia costituita la *maggior parte* dei partecipanti, la cui volontà è la migliore espressione della volontà collettiva, perchè, esprimendo un interesse che rappresenta la maggior somma degli interessi individuali da cui l'interesse comune risulta, è, in caso di dissenso, la migliore e più sicura espressione dell'interesse comune. D'altronde, quando una volontà *unanime* non vi sia, non attribuire alla volontà della maggioranza la *qualificazione* di volontà collettiva, significherebbe far prevalere la volontà della minoranza, e dare allora a questa il valore di volontà collettiva. Assurdo codesto, cui nessun ordinamento giuridico potrà mai consacrare. E nel sistema appunto del diritto vigente, sta il principio che: *dovunque è una comunione di diritti*, ivi *la maggioranza dei partecipanti è costituita organo della volontà collettiva* (cfr. art. 678 Cod. civile per la comunione semplice; art. 658 per i consorzi coattivi in materia di acque; art. 1000 per le comunioni ereditarie; art. 495 Cod. comm. per i consorzi di armatori; art. 840, 907 Cod. comm. per la comunione dei creditori nel fallimento).

---

diversa dalla somma aritmetica delle volontà individuali (benchè ad essa giuridicamente equivalente), che la legge (art. 678) concedendo alla maggioranza dei comunisti la facoltà di decidere sull'amministrazione e il miglior godimento della cosa comune, vuole però che la decisione risulti da una regolare *deliberazione* presa in seguito ad una generale *convocazione* (cfr. anche **Bianchi**, *Corso di Cod. civile*, IX, 3, Torino, 1900, pag. 920 e seg., e giurisprudenza *ivi* citata). Il concetto di una *volontà collettiva* distinta dalla somma aritmetica delle volontà individuali, ma ad essa giuridicamente equivalente, è stato profondamente elaborato dalla moderna dottrina pubblicistica, specialmente germanica, ed è oggi generalmente ricevuto nel campo del diritto pubblico. Vedi, per tutti, l'opera magistrale dello **Jellinek**, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892, pag. 28 e segg.

Nella *comunione semplice* la *volontà collettiva* risultante dalla deliberazione votata dalla maggioranza, è necessaria e sufficiente soltanto per ciò che concerne *l'amministrazione ed il migliore godimento della cosa comune;* tutti gli altri atti possono essere fatti, come vedemmo, singolarmente da ciascun comunista, senza il concorso degli altri. Nella *comunione qualificata*, invece, la *volontà collettiva* deve intervenire per *tutti gli atti di conservazione*, *sfruttamento e disposizione* della cosa comune, giacchè *tutti* questi atti devono essere fatti in comune, ed un singolo comunista da solo non è autorizzato a farne nessuno. Adunque, in tutte le forme di *comunione qualificata*, ma specialmente nella società e nel fallimento, per fare atti di amministrazione e disposizione è necessaria e sufficiente la *volontà collettiva* risultante dalla deliberazione assentita dalla sola maggioranza (39).

Da tutto ciò che abbiamo detto finora, la obbligatorietà del concordato di fallimento pei creditori non assenzienti riceve una spiegazione di una semplicità veramente suggestiva. Nella *comunione* indotta fra i creditori dalla dichiarazione di fallimento la *volontà collettiva* decide sulla conservazione e il godimento dei diritti di credito divenuti oggetto della comunione. La *volontà collettiva*, espressione dell'*interesse comune*, non si può avere che nell'*assemblea* regolarmente convocata e regolarmente adunata (40), perchè solo nella assemblea può aversi la convergenza delle volontà di tutti i creditori allo scopo comune (41). Facendo parte della comunione ogni creditore (s'intende quando la sua qualità di creditore sia accertata) ha diritto di intervenire alla assemblea e di far prevalere con la discussione e col voto la sua volontà; ma al tempo stesso è

---

(39) Vedi esplicitamente per il fallimento gli articoli 691, n° 4, 719, 723, 731, 794, 833, 906, 907, 908, 909 Cod. comm. it.; — §§ 94, 95, 182 Ordinanza germanica.

(40) V. art. 906, 907, 908, 909 Cod. comm. ital.; — §§ 93, 94, 98 Ordinanza germanica; — art. 504, 505, 506, 507, 536, 537 *Code de commerce.*

(41) Che la *manifestazione in comune*, fatta in una regolare assemblea, dia effettivamente una volontà collettiva che è l'espressione più genuina dei bisogni collettivi, è chiaro quando si pensi quale influenza sulla formazione dell'atto volitivo e sulla sua manifestazione esterna esercita lo scambio delle idee e il contrasto dei pareri; e quale sulla percezione dell'interesse comune, il conflitto dei particolari interessi. — Vedi: **Kohler**, *Lehrbuch*, § 67, pag. 424; — **Vivante**, *Trattato*, I, num. 429.

obbligato a sottomettersi a ciò che verrà deliberato nell'assemblea dal voto della maggioranza (42). Concludendo: i contraenti nel concordato obbligatorio sono, da un lato, il *debitore,* dall'altro, la *collettività dei creditori* (43). La forza obbligatoria del concordato per i non assenzienti deriva da ciò che la collettività ha una *volontà collettiva*, la quale è la *risultante*, non la semplice *somma*, la combinazione, non la semplice unione delle volontà dei singoli creditori; che *organo* della volontà collettiva è la *maggioranza* dei creditori convocati in assemblea; che *manifestazione* della volontà collettiva è la *deliberazione* della maggioranza regolarmente presa nell'assemblea di tutti i creditori (44).

---

(42) Vedi: **Kohler**, *Lehrbuch*, § 67, pag. 429: " L'assemblea dei creditori non è identica alla somma dei singoli creditori: quando è regolarmente convocata delibera validamente, anche se non sono comparsi tutti quelli che hanno diritto al voto: al contrario senza convocazione valida essa delibererebbe illegalmente, anche se fossero comparsi tutti i creditori conosciuti: essa deve essere tenuta in una forma determinata: una decisione affrettata dei singoli non è decisione dell'organo della collettività ". — Anche la dottrina commercialistica italiana dei secoli XVI e XVII richiedeva una regolare convocazione dei creditori. V. sopra, num. 30 testo e nota 14.

(43) Così anche: **Wach**, *Der Zwangsvergleich*, pag. 78; — **Seuffert**, *Deutsches Konkursprozessrecht*, pag. 408 e seg.; — **Bekker**, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, § 94, pag. 87; — *Motive zur deutsch. Konkursordnung,* pag. 392: " Wo einzelnen Personen ihre Rechte selbständig ausüben, gilt allerdings keine Merheit von Stimmen. Aber die Konkursgläubiger bleiben nicht einzeln mit ihren Rechten: der Konkursauspruch aller bringt sie in eine rechtliche Gemeinschäft und zwingende Merheitbeschlüsse einer solchen finden selbst in formalen Recht ihre Geltung "; — **Mortara**, *Schema preliminare per la riforma delle disposizioni sulla procedura di fallimento e sul concordato*, Torino, 1877, pag. 25, nota: " Laonde finchè il concordato non è adempiuto, lo stato di fallimento non cessa. E nemmeno si discioglie la *communio incidens* fra i creditori creata dalla dichiarazione di fallimento. I creditori *non stipulano collettivamente* il concordato per ridonare al fallito la libertà..... di mancare ai proprii impegni verso ciascuno di loro individualmente. *Se la comunione è il soggetto contraente (e la maggioranza è il suo organo) la fede dei patti conclusi deve essere serbata in confronto ad essa* ". Dottrina veramente corretta ma che difficilmente può conciliarsi non solo con quella accolta dall'altra *Sottocommissione* per lo studio di un progetto sul concordato preventivo (V. *Del concordato preventivo, Progetto ed esposizione dei motivi,* Torino, 1895, pag. 45 e seg.), ma anche con alcune disposizioni dello stesso *Schema* sul concordato di fallimento (v. più oltre, num. 228 testo e nota 3).

(44) Questo concetto che la deliberazione dell'assemblea è la *manifestazione della volontà collettiva*, non già la materiale riunione delle volontà dei singoli,

La funzione del giudice nella omologazione di questo contratto è una *funzione di tutela,* resa necessaria, sia per la natura del procedimento al quale col concordato si viene a metter fine, e che offre molti lati di pubblico interesse, sia per accertare che il voto della maggioranza esiste ed è reso regolarmente con l'osservanza delle forme volute e nei limiti dei poteri a questa deferiti (45).

La nostra dottrina, la quale è l'unica che riesca a dare dei peculiari effetti del concordato una spiegazione atta a far rientrare il nostro istituto nel campo del diritto contrattuale (46) fu già adombrata in Germania particolarmente dal SEUFFERT: " Solo ammettendo che il contraente del concordato è la massa dei creditori organizzata in comunione, la quale, mediante l'assemblea generale, come organo a ciò autorizzato, decide sull'accettazione o il rifiuto della proposta contrattuale presentata dal debitore, si può spiegare sufficientemente l'efficacia del contratto in confronto di tutti i creditori concursuali " (47). Ma la dottrina di questo autore

---

si trova anche in **Bekker**, *System d. heut. Pand. Rechts,* luogo ultimamente citato, il quale ne deduce appunto che nel concordato non si ha un contratto dei singoli creditori fra loro, ma solo un contratto tra creditori da una parte e debitore dall'altra; il che è certamente vero per il concordato di fallimento.

(45) **Wach**, *Der Zwangsvergleich,* pagg. 79 e 80.

(46) L'imperfetta analisi che si è fatta generalmente della più vera natura del concordato, ha diffuso l'opinione che il nostro istituto sia un istituto di diritto singolare, creato *utilitatis causa* dal legislatore: v. **Vivante**, *I concordati preventivi e gli agricoltori,* Estratto dal *Bollettino della società degli agricoltori italiani,* Anno V, num. 21, Roma, 1900, pag. 4: " Certamente l'ordinamento del concordato si stacca dal diritto comune, pel quale i contratti sono legge fra i contraenti e non possono essere modificati senza il loro consenso: nel concordato, invece, la maggioranza fa legge e spoglia la minoranza di una frazione, più o meno cospicua, del suo credito. Ma un pensiero di equità sociale piega in questo istituto il rigoroso diritto individuale ". La sistemazione del concordato adottata nel testo toglie, invece, a questo istituto ogni carattere di eccezionalità, e gli apre la gran porta del diritto comune che gli era sinora rimasta chiusa dinanzi. Essa reca così un nuovo e non dispregevole contributo agli argomenti di coloro che propugnano l'istituzione del *concorso civile* e del *concordato preventivo* pei non commercianti. V. sopra, num. 9.

(47) **Seuffert**, *Deutsches Konkursprozessrecht,* pagg. 408 e 409, § 53; — vedi anche: **Wach**, *Der Zwangsvergleich,* pag. 77 e seg.; — **Cluntu**, *Der Zwangsvergleich in Konkurs,* Berlin, 1892, pag. 49. — Un concetto analogo in **Dernburg**, *Lehrbuch d. preussischen Privatrechts,* 4ª ed., II, § 125, num. 2, e § 114, num. 3; e in **Meves**, *Die Konkursordnung,* 1881, pag. 170.

è insufficiente ed ha il suo lato debole nel concetto della *comunione avente per oggetto il solo diritto di pegno* (48). Questo concetto della comunione vieta che si concluda dalla obbligarietà del contratto *per ciò che concerne il diritto di pegno* alla obbligatorietà *per ciò che concerne il diritto di credito*, di cui il pegno non è che un accessorio diretto a meglio assicurarne il soddisfacimento. Nella dottrina del SEUFFERT si spiega come i creditori non assenzienti siano costretti a rinunziare alla loro partecipazione nel diritto di pegno, non già come debbano anche veder ridotti i loro diritti di credito (49).

80. Prima ancora di ricevere una compiuta esposizione dommatica, la nostra dottrina preoccupò semplicemente come ipotesi

---

(48) V. **Seuffert**, *Deutsches Konkursprozessrecht*, § 25, pag. 155: " Das durch die Beschlnahme der Konkursmasse entstehende Pfandrecht steht den Konkursgläubigern zu. Aber sie haben diesen Recht, nicht als einzeln, vielmehr entsteht zufolge der Konkurseröffnung eine aus sämtlichen Konkursgläubigern gebildete Gemeinschaft *zur gesammten Hand*, die Glaubigerschaft. Diese Glaubigerschaft ist keine Körperschaft also keine juristische Person, sondern eine Personenverband zu dem die Konkursgläubiger *als Inhaber jenes Pfandrechts* vereinigt sind ".

(49) Benchè batta in sostanza la stessa nostra via, riteniamo errata anche l'opinione del **Wach** (J.), *Der Zwangsvergleich*, pagg. 77-80, il quale (v. specialmente pag. 78) afferma: " Tutti i creditori, che sono legati dall'accordo, formano una comunione organizzata legalmente la quale prende le sue deliberazioni in base al principio della maggioranza. Questa comunione non costituisce una persona giuridica, nè una qualsiasi forma esterna di uno speciale istituto giuridico. Essa ripete la sua ragione di esistere da soli motivi di ordine pratico: deve dirsi una particolare forma di comunione: l'istituto parallelo ad essa più vicino è la massa dei creditori nel fallimento. Come questa è una pluralità di persone organizzata i cui organi secondo la legge sono l'assemblea dei creditori, la delegazione dei creditori e il curatore, così nel procedimento di concordato la collettività dei creditori non privilegiati è una comunione di persone organizzata dalla legge ". Ma questa doppia comunione non si può assolutamente ammettere. Quale sarebbe l'oggetto di questa comunione dei creditori nella procedura di concordato? Come alla comunione di fallimento si sostituirebbe la comunione di concordato? In che differirebbe essenzialmente l'una dall'altra comunione? Basta esporre questi dubbi per respingere la concezione del **Wach**, la quale, del resto, è contradetta da tutta la dottrina, anche tedesca, che ammette l'esistenza di una sola specie di comunione tra i creditori, la quale incomincia con l'apertura del concorso e termina con la chiusura. — Vedi autori citati a num. 77, nota 9.

configurabile quasi tutti gli autori che studiarono il vitale argomento di cui ci occupiamo. Intuendo che la più facile costruzione giuridica del concordato si sarebbe trovata nella figura della comunione creditoria deliberante per maggioranza, questi autori si affrettarono ad abbattere la nostra dottrina, si può dire, prima ancora che sorgesse alla luce. Prova, questa, della estrinseca bontà della teoria, cui solo l'amore di complicate e faticose costruzioni e l'imperfetta analisi della condizione giuridica dei creditori nel fallimento ha potuto impedire di trovare in Germania espositori autorevoli e seguaci convinti. Le obiezioni mosse con insistenza e con vivacità alla non ancora nata teorica si possono raggruppare brevemente nelle seguenti quattro categorie:

a) Si è negato anzitutto l'esistenza di una comunione fra i creditori e di una comunione avente per oggetto i diritti di credito (50). " È evidente — afferma con molta efficacia lo SCHULTZE — che non si può far parola di una comunione dei diritti al soddisfacimento spettanti ai singoli creditori. Il diritto al soddisfacimento nasce per ogni creditore del credito rispettivo, e anzi ne è il contenuto. Ora non si può parlare di una comunione di questi crediti, chè, al contrario, in nessun luogo le individualità dei singoli diritti di credito si affermano una di fronte all'altra più rigidamente e più vivamente che nel fallimento, per la concorrenza e la collisione reciproca dei diritti dei vari creditori " (51).

b) Alla dottrina del contratto fra debitore e collettività dei creditori deliberante per maggioranza, si rimprovera di confondere i rapporti interni della comunione con i rapporti esterni fra comunisti e terzi, tenendo conto solo dei primi, e trascurando i secondi. Da ciò che la minoranza — si dice — è tenuta a seguire la regola di condotta stabilita dalla maggioranza, non si può dedurre che la minoranza assume obblighi e acquista diritti verso i terzi. Chi sia obbligato pei negozi giuridici posti in essere nell'esecuzione della norma stabilita, si determina secondo le regole che valgono nel caso di deliberazioni prese alla unanimità; e perciò chi si obbliga e chi acquista diritti in base a quei negozi giuridici è il comunista

(50) Vedi: **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs*, pagg. 48 e 49; — e per la inesistenza della comunione dei crediti: **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pagg. 13-18; — **Fitting**, *Konkursrecht*, § 5, num. 17.

(51) **Schultze**, *Das deutsche Konkursr.*, pagg. 13 e 14.

il quale agisce e gli altri comunisti che sono da lui regolarmente rappresentati. Ma la concessione della rappresentanza non è legata indissolubilmente all'obbligo imposto alla minoranza di seguire la norma stabilita dalla maggioranza; e perciò, solo in base alla deliberazione di maggioranza presa nell'interno della comunione, non può essere concessa al comunista il quale nell'esecuzione di essa ha incontrato obbligazioni, che un'*actio communi dividundo* o un'*actio pro socio* (52).

c) Ammettendo — si obietta — chè l'altra parte contraente nel concordato è o l'assemblea o la collettività dei creditori, si viene a concedere, all'una o all'altra, la personalità giuridica, il che è escluso evidentemente dalla natura di ambedue (53).

d) Infine si tenta di ricondurre la nostra dottrina a quella della rappresentanza. Poichè chi agisce è l'assemblea, la quale però non acquista diritti per sè, ma pei singoli creditori, dunque, si conclude, sono questi i contraenti e l'assemblea non può essere che la loro rappresentante. In tal caso, si incalza, l'assemblea o rappresenta i creditori come collettività e la collettività deve configurarsi come una persona giuridica, oppure rappresenta i singoli creditori, ed allora si ricade in tutti gli inconvenienti già dimostrati di una *rappresentanza contro la volontà del rappresentato* (54).

81. Ma, non ci riuscirà difficile dimostrarlo, nessuna di queste quattro obiezioni regge alla critica.

a) Non regge la prima, perchè la comunione di un credito nè ripugna al concetto della comunione (55), nè, tanto meno, è esclusa dalla natura del fallimento come concorso di creditori aventi inte-

---

(52) V. **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur d. Zwangsv.*, pag. 49 e seg.

(53) **Petersen** e **Kleinfeller**, *Kommentar*, pag. 489 e seg.

(54) **Oetker**, *Konkursrechtliche Fragen*, pagg. 41-44.

(55) Nella società civile, per es., la quale non è che una forma più perfetta di comunione (art. 1697 Cod. civ. ital.; art. 1832 *Code civil*; — **Zachariae-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, pag. 615; — **Manara**, *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*, Torino, 1898, pagg. 66 e 67, nota 163; — **Manenti**, *Concetto della comunione relativamente alle cose private*, nel *Filangieri*, 1894, num. 7 e seg.), diventano comuni anche i crediti (vedi **Pothier**, *Sociétés*, num. 31; — **Pont**, *Sociétés*, num. 174 e 175; — **Zachariae-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Freiburg, 1894-95, II, § 363, pag. 615; — **Endemann**, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 7ª edizione, Berlin, 1900, pag. 822 *sub a)*).

ressi divergenti. Col sopravvenire della insolvibilità, certo, la collisione tra i diritti dei vari creditori diventa più acuta; ma l'istituto del fallimento ha appunto per iscopo di eliminare questo conflitto, di togliere le asprezze dei divergenti interessi, mantenendo tra tutti i creditori il principio dell'uguaglianza. Nulla di più naturale, anzi, nulla di più efficace e rispondente allo scopo, che la costituzione di una comunione fra i creditori per la tutela collettiva dei loro diritti e la più equa ripartizione della perdita a cui tutti sono esposti.

b) Non regge la seconda obiezione. La deliberazione della collettività, presa in base al principio della maggioranza, lega i membri della collettività direttamente rispetto ai terzi (debitore, fideiussori del debitore) e non soltanto nei rapporti interni, perchè, nell'assemblea del concordato, non si decide *solo sulla convenienza o meno di emettere la dichiarazione di volontà, la quale poi, emessa, darà luogo alla conclusione del concordato.* Nell' assemblea che si tiene alla presenza delle altre parti contraenti (debitore, fideiussori del debitore, ecc.) (art. 832, 835 Cod. comm.), *si conclude, senz'altro, il concordato:* poichè la deliberazione della maggioranza è la espressione della *volontà collettiva*, cioè della volontà di *tutti* i creditori, tutti i creditori si considerano aver contrattato *direttamente* coi terzi e quindi *direttamente* obbligati verso di questi (56).

c) Non regge la terza obiezione. Non è affatto necessario di concedere la personalità giuridica alla collettività dei creditori, e meno ancora, all'assemblea dei creditori. La *volontà collettiva* non è la volontà di una persona giuridica, di un subietto di diritti distinto dai singoli creditori, è la volontà di tutti i creditori. Nulla rileva che *in fatto* la volontà collettiva sia diversa così dalla volontà del singolo creditore come dalla somma aritmetica delle singole volontà individuali. *Giuridicamente* essa è la volontà di ciascuno e di tutti i creditori, perchè, *di fronte al diritto,* altri subietti non esistono, se non i singoli creditori. Non si può dall'esistenza di una volontà collettiva, dedurre l'esistenza di un altro subietto di diritti a cui quella volontà appartenga; prima di *giuridicamente volere* è necessario *giuridicamente esistere,* cioè esser subietto di diritti. Ora l' ordinamento giuridico, cui solo spetta di ricono-

(56) V. **Pont**, *Sociétés,* num. 660, 640; — **Endemann**, *Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts,* pag. 822, *sub a).*

scere subietti di diritti, non ha per tale riconosciuto la collettività dei creditori, perchè non le ha conferito mai diritti distinti da quelli dei singoli creditori. Chè se vi sono diritti (es.: la facoltà di impugnare gli atti compiuti nel periodo *sospetto*) che non possono essere *esercitati* dal singolo creditore, ciò dipende dal fatto che quei diritti sono *comuni* a tutti i creditori, ed è carattere generale di tutte le comunioni che non possa il singolo *esercitare per conto suo* i diritti comuni. Non è già che l'*appartenenza* di questi diritti spetti alla comunione, nel qual caso soltanto, si avrebbe subiettività di diritti, cioè personalità giuridica, ma è solo il *godimento* di questi diritti che deve esser fatto in comune, per una esigenza meramente di fatto, cioè l'incompatibile godimento *contemporaneo* dei diritti medesimi da parte di tutti i creditori.

d) Non regge, infine, la quarta obiezione. Alla nostra dottrina è estraneo il concetto della rappresentanza, perchè l'*assemblea* dei creditori come tale non è un *subietto di diritti* diverso dai creditori, che possa rappresentarli, sia come collettività (57), sia come singoli. L'assemblea è, semplicemente, la riunione dei creditori, nella quale si forma e si emette la *dichiarazione della volontà collettiva*, cioè la dichiarazione della volontà di tutti i creditori.

82. E così, giunti, attraverso lo studio delle varie dottrine che abbiamo trovate ora inesatte, ora insufficienti, ora, al tempo stesso, inesatte ed insufficienti, alla formulazione di una teorica che ci sembra, sotto ogni aspetto, soddisfacente, logica e completa, siamo in grado di apprezzare più giustamente, e da un punto di vista sintetico, il valore di quei tentativi. I quali, in massima parte, più che totalmente errati, sono *unilaterali*, considerano, cioè, come elemento costitutivo e principale ciò che non è se non una conseguenza o un lato secondario del nostro istituto.

La dottrina del diritto comune, che ricollega l'efficacia del concordato ad una volontà *costretta* o *finta* dei non assenzienti, ha, per esempio, in una erronea formulazione, intraveduto che la *volontà collettiva* è *volontà di tutti i creditori* e quindi anche dei non assenzienti. Soltanto, allorchè si è trattato di determinare *in qual modo*

---

(57) Che poi l'assemblea non rappresenti la collettività dei creditori è escluso anche dal fatto che la collettività non è essa medesima, come vedemmo, una persona giuridica e perciò non può essere giuridicamente rappresentata.

la volontà collettiva fosse anche l'espressione della volontà dei non assenzienti, la sua analisi si è arrestata ricorrendo all'elemento artificiale ed al concetto affatto erroneo della *costrizione* e della *finzione.*

La dottrina della volontà *presunta* ha avuto la visione della stessa verità, ma non ha potuto formulare una teoria soddisfacente perchè si preoccupava solo di giustificare l'obbligatorietà del concordato per gli *assenti* e non già anche pei *presenti e dissenzienti.*

La dottrina della *rappresentanza legale* della minoranza da parte della maggioranza, ha pure compreso benissimo che la volontà manifestata nella deliberazione della maggioranza è *volontà collettiva,* e deve perciò considerarsi come volontà *di tutti i creditori;* ma ha ricorso anch'essa ad un ripiego affatto artificiale quale è la ammissione di una *rappresentanza* ripugnante alla logica ed alla realtà.

La teorica del *contratto processuale,* invece, ha avuto presente in certo modo il nesso strettissimo intercedente fra l'esistenza di una comunione tra i creditori e l'obbligatorietà del contratto pei non assenzienti, poichè tale obbligatorietà fa derivare, sostanzialmente, da ciò che la procedura di fallimento essendo comune a tutti i creditori, deve terminare in un modo unico per tutti; ma ha errato riducendo la comunione a un mero rapporto processuale ed è stata così impotente a spiegare come il termine della *procedura,* rispetto anche ai non assenzienti, importasse inoltre per essi anche la diminuzione dei loro *diritti di credito.*

Nella teoria della *sentenza* (evidentemente la più falsa ed artificiosa di tutte) vi è, se non altro, l'intuizione di questa verità: che la deliberazione della maggioranza non è l'espressione dell'interesse della sola maggioranza, ma dell'interesse *comune* di tutti i creditori: pregio che scompare di fronte al torto gravissimo di aver considerato questa espressione dell'interesse comune come un elemento meramente *informativo* per la sentenza del giudice, in cui si sostanzierebbe il concordato.

Infine la teoria dell'*obbligazione legale* non sbaglia totalmente quando cerca di spiegare con la diretta influenza della legge la particolare condizione giuridica dei creditori nel concordato: perchè questa, infatti, dipende dallo stato di comunione indotto fra i creditori dalla dichiarazione di fallimento; e lo stato di comunione è l'effetto più importante che la legge ricollega all'insolvenza del debitore giudizialmente dichiarata. Ma, come si vede, l'errore di

questa teorica consiste nel non aver saputo riferire alla *comunione* e neppure al fatto giuridico a cui la legge connette lo stato di comunione, cioè l'insolvenza giudizialmente dichiarata, la particolare condizione dei creditori non assenzienti nel concordato, e nell'averla invece ricollegata con la *norma di legge* che dal fatto giuridico dell'insolvenza fa derivare il raggruppamento dei creditori in una comunione.

83. Le cose dette intorno al *concordato obbligatorio* ci spianano facilmente la via per stabilire quali sono le caratteristiche fondamentali del *concordato amichevole*.

Carattere comune all'una ed all'altra specie di concordato è la natura *prettamente contrattuale*. La quale, apparentemente contradetta nel concordato obbligatorio dalla particolare efficacia che esso spiega di fronte ai creditori non assenzienti, risulta chiarissima e non contrastata nel concordato amichevole (58).

La differenza profonda che distingue l'una dall'altra figura di concordato — l'obbligatorietà, cioè, della prima e la non obbligatorietà della seconda pei creditori che non vi assentirono — deriva dalla diversa condizione giuridica in cui si trovano i creditori nell'uno e nell'altro caso. Quando i creditori sono riuniti in una comunione (*massa*) avente una *volontà collettiva* ed un *organo* di questa volontà, cioè la maggioranza deliberante nell'assemblea, il contratto stipulato tra il debitore e la collettività, obbliga *tutti i creditori partecipanti alla comunione* ed è un *concordato obbligatorio*. Quando i creditori non sono riuniti in comunione (massa), ma provvedono ciascuno individualmente alla tutela dei proprî interessi, il contratto del debitore con ciascuno dei creditori e dei creditori tra loro non obbliga se non chi vi ha assentito, ed è un *concordato amichevole*. Quindi le tre sostanziali caratteristiche del concordato amichevole che lo distinguono dall'obbligatorio sono:

a) Nel concordato amichevole i creditori o non sono riuniti in comunione o almeno (*concordato amichevole di fallimento*) non contraggono a mezzo della maggioranza deliberante in assemblea

(58) Vedi: **Guariglia**, *Concordato*, pag. 118; — **Salvia**, nel *Filangieri*, 1885, 668; — **Lanni**, nel *Filangieri*, 1891, 385 e seg.; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 652; — **Thaller**, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2ª ed., num. 2066.

(organo della comunione); ma ciascuno dispone singolarmente e per suo conto dei proprî diritti;

β) Nel concordato amichevole i debitori contraggono *uti singuli,* non *uti universi,* cioè come collettività; e ciascuno pel suo particolare interesse, non tutti per l'interesse comune;

γ) Per conseguenza il concordato amichevole non lega i non assenzienti, mentre il concordato obbligatorio lega anche i non assenzienti.

Non costituisce, invece, un criterio distintivo fra il concordato obbligatorio e il concordato amichevole l'omologazione giudiziale necessaria per il primo, non necessaria per il secondo. L'obbligatorietà pei dissenzienti del concordato votato dalla maggioranza deliberante nell'assemblea dei creditori, è uno dei motivi, ma non l'unico e neppure il decisivo, della richiesta necessità dell'omologazione giudiziale. Deliberazioni di uguale, se non di maggiore importanza, prese dalla semplice maggioranza, in assemblee di persone legate da una analoga comunione di diritti, obbligano i dissenzienti, senza che l'intervento del giudice sia prescritto dall'ordinamento giuridico (V. ad es., art. 158, 163, 495 Cod. comm.). L'intervento del magistrato nella formazione dei negozi giuridici, si giustifica sia per la tutela degli interessi di quella stessa parte che aderì spontaneamente al contratto (V. per esempi analoghi: art. 136, 224, 301, 1405 Cod. civ., 825 Cod. proc. civ.) sia perchè l'oggetto del contratto presenta un importante lato di interesse pubblico (V. per esempi analoghi: art. 316 Cod. proc. civ.). Queste sono appunto le ragioni sulle quali si fonda la prescritta omologazione del concordato e che valgono così per il concordato obbligatorio come per quello semplicemente amichevole; ed è perciò che il concordato di moratoria, semplicemente amichevole, abbisogna anch'esso della omologazione giudiziale (art. 825 Cod. comm.).

§ 2. — Natura del contratto.

Sommario: 84. Definizione e caratteri del concordato. — 85. Efficacia del concordato sulle preesistenti obbligazioni. — 86. Il concordato non opera novazione. — 87. Il concordato non è una rimessione: suo vero carattere specifico. — 88. L'obbligazione naturale persistente dopo il concordato. — 89. L'obbligazione preesistente in caso di *ritorno a miglior fortuna*. — 90. Il concordato è un contratto a titolo oneroso e bilaterale. — 91. Conseguenze delle onerosità del concordato. — 92. Transazione e concordato. — 93. Il concordato è un contratto unico. — 94. Commercialità del concordato.

84. Richiamando ciò che abbiamo detto sul rapporto intercedente tra fallimento e concordato, possiamo ora più precisamente definire il concordato, così amichevole che obbligatorio, come: " un contratto stipulato fra il debitore comune e i creditori, col quale si modificano i rapporti obbligatori esistenti fra l'uno e gli altri, in modo da far cessare lo stato di fallimento del debitore ".

Questa definizione ha, ci sembra, il pregio di abbracciare tutte le specie di concordato amichevole e obbligatorio anteriore e posteriore al fallimento, in una formola generale e comprensiva. Essa evita il difetto di quasi tutte le definizioni che corrono del nostro contratto, le quali, di solito, accennano al suo contenuto specifico, remissorio e dilatorio, senza accorgersi che, in tal modo, finiscono per lasciar fuori della definizione tutte le altre infinite modalità di accordi che le necessità della pratica vanno ogni giorno creando (1).

---

(1) Vedi, per esempio, la definizione del **Boistel**, *Cours*, num. 1030: " Le concordat est un traité par lequel les créanciers remettent le failli à la tête de ses affaires en lui accordant des facilités de payement, et même, très ordinairement, des remises "; — quella del **Thaller**, *Traité élémentaire*, 2ª ed., num. 2066: " En vertu d'un traité conclu par lui avec la masse à certaines conditions de majorité, le debiteur en faillite ou en liquidation judiciaire rentre dans son actif, sous la promesse de rembourser à certaines échéances toute ou part de ses dettes "; — quella del **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8427: " Concordato, in genere, è la convenzione per cui un certo numero di creditori, se non anche tutti, concedono al fallito la remissione di una parte dei suoi debiti, allo scopo di assicurarsi il pagamento della residua parte non rimessa e di impedire così: o la dichiarazione giudiziale del fallimento di lui, o gli effetti di questa dichiarazione, se già avvenuta ". — Meglio, ma non ancora esattamente: **Guariglia**, *Concordato*, pag. 6; — **Lanni**, nel *Filangieri*, 1891, pag. 390.

Da questa definizione risultano, altresì, quali sono i caratteri specifici del concordato che noi riassumiamo in breve nelle proposizioni seguenti:

a) il concordato deve portare una modificazione ai rapporti obbligatorî preesistenti. Quindi:

α) non si avrebbe concordato se, invece di una semplice *modificazione* delle antiche obbligazioni, si avesse una remissione *totale* da parte dei creditori. Occorre perciò che il sacrificio dei creditori abbia un corrispettivo nel soddisfacimento attuale o nella promessa di soddisfacimento da parte del debitore di una parte almeno dei debiti;

β) non si avrebbe concordato se, invece di una *modificazione* alle obbligazioni preesistenti, si avesse la *estinzione* di esse mediante pagamento *integrale* e *immediato* da parte del debitore. Occorre, perciò, il sacrifizio da parte dei creditori di una parte dei loro diritti (che può consistere anche solo nella concessione di dilazioni);

b) la modificazione ai rapporti obbligatorî preesistenti deve essere tale da far cessare lo stato di fallimento del debitore e diretta appunto a questo scopo. Quindi:

α) il sacrifizio dei creditori deve rendere possibile al debitore la ripresa degli affari;

β) il sacrifizio dei creditori deve essere solo quello che è sufficiente per rendere possibile la ripresa degli affari: se fosse maggiore, e lasciasse un margine al debitore, non sarebbe concordato, ma donazione;

γ) il sacrifizio deve essere fatto appunto allo scopo di rendere possibile la ripresa degli affari e non deve essere guidato da un semplice spirito di carità e di disinteresse.

Tutte queste caratteristiche del concordato risulteranno ancora più chiaramente dall'analisi che stiamo per intraprendere intorno alla sua natura giuridica come contratto.

85. Per determinare esattamente la natura del concordato come contratto bisogna stabilire con precisione *quale è l'efficacia giuridica del concordato sulle obbligazioni preesistenti, vale a dire, quali sono le modificazioni che i rapporti obbligatorî già costituiti tra debitore e creditori subiscono mediante il concordato.* Certo, questa ricerca è irta di difficoltà perchè connessa intimamente a tutta la

dottrina civilistica sulla estinzione delle obbligazioni, ma essa costituisce un indispensabile preliminare per la sistemazione dogmatica del nostro istituto nella categoria dei contratti. Ciò non fu generalmente osservato dagli autori e dalla giurisprudenza; i quali, pur affaticandosi intorno alle questioni pratiche la cui soluzione dipende dalla concezione scientifica del concordato come contratto, sembrano tuttavia non rendersi conto delle difficoltà che una tale sistemazione presenta, e della sottigliezza di indagini che circonda la dottrina delle cause estintive delle obbligazioni. Senza dissimularci tali difficoltà, noi cercheremo invece di orientarci nel labirinto di quelle teoriche, per trarne fuori il filo di una costruzione scientifica, atta a guidarci nella risoluzione delle pratiche controversie.

86. Cominciamo anzitutto dall'escludere che il concordato estingua totalmente le antiche obbligazioni mediante costituzione di nuove obbligazioni, cioè che operi *novazione*. Lo si è sostenuto autorevolmente affermando che " alla primitiva causa, da cui derivava il credito di ciascun creditore, si sostituisce quella derivante dal conchiuso concordato; sicchè questo, ormai, è il solo titolo che determina e reggerà per l'avvenire i rapporti di debito e credito tra il fallito concordatario e i creditori suoi „ (2). Ma questa opinione disconosce i principî accolti dal diritto moderno circa uno dei requisiti essenziali della novazione: l'*animus novandi*, nè tien conto delle profonde differenze che, in questo punto, distinguono la nova-

---

(2) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8544 e 8438; — **Cavo**, *Concordato*, num. 3; — **Giorgi**, nel *Foro italiano*, 1891, 418 (non più nella *Teoria delle Obbligazioni*, VII, 4ª ed., num. 392); — A. Genova, 8 aprile 1889, *Giurisprudenza italiana*, 1889, 488; — Cass. Torino, 17 aprile 1894, *Giurisprudenza torinese*, 1894, 654; — A. Parigi, 20 giugno 1870, *Dalloz*, 1871, 2, 3; — Trib. civ. Seine, 29 aprile 1893, *Journal des faillites*, 1893, 471. — Ma di gran lunga prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza italiana e straniera è l'opinione che il concordato lasci intatte le antiche obbligazioni e non operi novazione: v. **Bolaffio**, *Relazione sul concordato preventivo*, pag. 52; — **Guariglia**, *Concordato*, pag. 273; — **Biondi**, *Concordato amichevole*, pag. 91; — **Giorgi**, *Obbligaz.*, VII, num. 392; — **Boistel**, *Cours*, num. 1047; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 626; — **Thaller**, *Traité élémentaire*, 2ª ed., num. 2028; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit commercial*, V, pag. 430, nota; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 462; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 425; — **Wilmowski**, *Deutsche Konkursordnung*, pagg. 461 e 462; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 435; — **Sarwey**, *Konkursordnung*, pag. 809; — A. Genova, 4 aprile 1888, *Eco ge-*

zione del diritto moderno dalla novazione romana. Nel rigido formalismo del sistema contrattuale romano ogni contratto concluso nelle forme solenni della *stipulatio* dava origine ad una obbligazione astratta, ad una obbligazione, cioè, di per sè stante, nuova e distinta da ogni precedente obbligazione. Semplice e sicuro era quindi nel diritto romano il criterio rivelatore dell'esistenza della novazione, appunto perchè essa avveniva mediante la costituzione di una obbligazione formale (*stipulatio:* nel diritto più antico anche *expensilatio*) (3): vi era novazione ogni qualvolta le parti intendevano non già di *aggiungere* la nuova obbligazione così sôrta all'antica, ma di *sostituire* la nuova obbligazione all'antica: nella quale intenzione consisteva l'*animus novandi* (4). Ma nel diritto moderno le cose stanno molto diversamente. Il contratto del diritto moderno, specialmente italiano e francese, che non è legato ad alcuna forma, abbisogna sempre di una *causa materiale* (5) e perciò la novazione non presup-

---

novese, 1888, 199; — Cass. Roma, 5 giugno 1894, *Foro*, 1894, 768; — Cass. Torino, 15 giugno 1892, *Giurispr. torinese*, 1892, 705; — A. Parigi, 8 novembre 1854, *Dalloz*, 1856, 2, 152; — Cass. francese, 7 marzo 1866, *Dalloz*, 1866, I, 298; — A. Aix, 14 novembre 1889, *Journal des Faillites*, 1890, 61; — Cass. req., 5 aprile 1892, *Journal des Faillites*, 1892, 433; — R. O. H. G., 3 dicembre 1872, *Entsch. d. R. O. H. G.*, VIII, 144.

(3) Fr. 1, § 1, Dig. *de nov. et deleg.*, XLVI, 2; — vedi **Crome**, *Die Grund lehren*, pag. 325, nota 4; — **Windscheid**, *Pandekten*, § 354, nota 1; — **Dernburg**, *Pandekten*, II, § 59; — **Dernburg**, *Das burgerliche Recht*, Halle, 1899. § 119, pag. 269; — **Förster-Eccius**, *Preussisches Privatrecht*, 7ª ed., Berlin, 1896, I, § 97, pag. 625; — **Baron**, *Pandekten*, § 266, pagg. 489 e 490; — **Wächter**, *Pandekten*, Leipzig, 1881, II, § 191, pag. 392; — **Ferrini**, *Pandette*, Milano, 1901, num. 503 e 505; — **Ferrini**, *Obbligazione*, nell'*Enciclopedia giuridica*, XII, pag. 813.

(4) **Windscheid**, *Pandekten*, § 354, *sub* 2; — **Baron**, *Pandekten*, Leipzig, 1896, § 266, pag. 491 *sub b)*; — **Vangerow**, *Pandekten*, III, § 619, pag. 368. — Nel diritto romano classico sembra non fosse neppure necessario un *animus novandi:* l'efficacia estintiva derivava dalla sola esistenza di una obbligazione nuova formale avente un obietto identico alla precedente obbligazione. V. **Ferrini**, *Pandette*, num. 505; — **Costa**, *Animus novandi*, negli *Studi* per **Schupfer**, 1898, I. — L'identità di oggetto necessaria per questa ragione nel diritto classico (v. **Salpius**, *Die Novation und Delegation näch römischen Recht*, Berlin, 1864, pag. 159 e seg.; — **Salkowski**, *Zur Lehre von der Novation*, Leipzig, pag. 76 e seg.; — **Ferrini**, *Pandette*, num. 505, *sub d)*) era ammessa nel diritto giustinianeo. — V. **Windscheid**, *Pandekten*, § 353, testo e nota 7; — **Baron**, *Pandekten*, § 266, 2; — **Vangerow**, *Pandekten*, III, § 619, pag. 371.

(5) V. **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Freiburg,

pone più soltanto un contratto solenne e la volontà di sostituire la nuova obbligazione così sôrta all'antica. L'*animus novandi* (mancando il contratto formale) è assai più complesso; perchè il nuovo contratto che si pone in essere dia luogo ad una obbligazione, mediante la quale si estingue una obbligazione antica, occorre che le parti abbiano la duplice volontà di creare una obbligazione nuova e di sostituire la nuova obbligazione all'antica. L'*animus novandi* abbisogna dunque di un nuovo elemento, superfluo nel diritto romano, dove era assorbito nel formalismo del contratto (6). Ora, mentre la natura stessa del concordato — contratto rivolto, non già ad accrescere i diritti dei creditori, ma a salvaguardare nella rovina del debitore, quelli già da essi acquistati — esclude di per sè sola la volontà di *aggiungere* all'antica nuove obbligazioni; resta assai dubbio se nel concordato le parti intendano di costituire nuove obbligazioni da sostituirsi alle antiche. Per disposizione espressa e particolare della legge (art. 1269 Cod. civile), in eccezione all'art. 1121 che dichiara presunta la causa nei contratti, nella novazione l'*animus novandi* non si presume, ma deve essere manifestato espressamente o tacitamente; e quindi anche espressamente o tacitamente deve manifestarsi la volontà di creare nuove obbligazioni col concordato. Di manifestazione espressa, evidentemente, di regola, non è il caso nel concordato. Circa la manifestazione tacita si può dire in genere che vi è volontà tacita di creare una nuova obbligazione ogni qualvolta le modificazioni arrecate alla obbligazione antica sono tali da essere incompatibili con la volontà

1894-95, II, § 324, pagg. 425 e 426. — V. art. 1119 Codice civile. — Neppure l'obbligazione cambiaria può dirsi, a rigore, una obbligazione astratta; essa è legata sempre al rapporto giuridico fondamentale, da cui si prescinde solo di fronte ai possessori di buona fede. Non si ha tanto una obbligazione astratta, quanto una obbligazione funzionante, in certi casi, da obbligazione astratta. Vedi **Segré**, *Titoli obbligatorii al portatore*, Torino, 1898, pagg. 11-28; — **Navarrini**, *Intorno alla natura giuridica dei titoli di credito*, Torino, 1898, num. 13; — **Rocco**, *Ancora un contributo alla teorica dei titoli di credito*, estratto dall'*Archivio giuridico* (1899), num. 23 e 24; — **Vivante**, *Trattato di diritto commerciale*, II, n. 1611.

(6) Si vede, perciò, quanto differisca l'*animus novandi* del diritto moderno da quello del diritto romano. Dal non aver còlto questa differenza deriva la grave confusione di criteri in cui si dibatte la dottrina civilistica specie per determinare i caratteri e l'esistenza della *novazione oggettiva tacita*. V. **Giorgi**, *Obbligazioni*, VII, num. 404.

di non creare una obbligazione nuova (7). Tale incompatibilità è evidente quando la modificazione consiste nel mutamento di uno dei subietti dell'obbligazione (novazione *soggettiva*). Ma nel concordato (salvo casi eccezionalissimi in cui la novazione è evidente e su cui non c'è questione) non vi è mutamento di subietti. Quando invece la modificazione concerne o la prestazione o il vincolo giuridico (la c. d. novazione *oggettiva*, la quale è l'unica che potrebbe esservi nel concordato) *occorre un mutamento nella sostanza della prestazione o del vincolo* (8): non basta un mutamento nella *quantità* o nella *modalità* della prestazione, come non basta un mutamento negli *effetti* del vincolo. Ma nel concordato (almeno nelle

(7) **Giorgi**, *Obbligazioni*, VII, num. 389; — **Laurent**, *Principes de droit civil*, XVIII, num. 266; — **Larombière**, *Traité des obligations*, III, art. 1275, num. 6; — **Crome**, *Die Grundlehren*, § 26, pag. 333, *sub* II, 1 e nota 33; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, § 303, pag. 352, nota 6; — **Hasenörl**, *Das österreichische Obligationenrecht*, II, § 96, pag. 538.

(8) Questa formula sintetica mi sembra riduca assai bene ad unità organica la casuistica in cui divagano generalmente gli autori di diritto civile. Poichè solo un mutamento nella sostanza della prestazione o del vincolo costituisce una manifestazione tacita della volontà di creare una nuova obbligazione, tale volontà non può risultare soltanto da modificazioni recate alla *forma della obbligazione* (redazione in iscritto di un contratto verbale; in forma pubblica di un contratto stipulato per scrittura privata). V. **Giorgi**, *Obblig.*, VII, num. 392; — **Laurent**, *Principes de droit civil*, XVIII, num. 279; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, pag. 218. — Essendo necessario un mutamento nella *sostanza* della prestazione, si ha novazione se si promette una cosa diversa affatto dalla precedente (**Giorgi**, *Obbligazioni*, VII, num. 394; — **Laurent**, *Principes*, XVIII, num. 267) o si sostituisce ad una obbligazione alternativa una semplice o viceversa (**Giorgi**, *Obbligazioni*, VII, num. 393); — non si ha, invece, novazione se si aumenta o si diminuisce la quantità della prestazione; si aggiungono o si tolgono interessi (**Laurent**, *Principes*, XVIII, num. 272; — **Giorgi**, *Obbligazioni*, VII, num. 392). — Così pure si ha mutamento nella *sostanza* del vincolo, e quindi novazione, se si toglie o si aggiunge una condizione (**Giorgi**, *Obblig.*, VII, num. 393; — **Laurent**, *Principes*, XVIII, num. 176); — non si ha mutamento se si proroga o si abbrevia il termine (**Giorgi**, *Obbl.*, VII, num. 392; — **Laurent**, *Droit civil*, XVIII, num. 276 e 277; — **Mourlon**, *Répétitions écrites*, II, num. 1401; — **Molitor**, *Des obligations en droit romain*, num. 1039); — si aggiungono o si sopprimono garanzie reali o personali (**Giorgi**, *Obblig.*, VII, num. 392; — **Laurent**, *Droit civil*, XVIII, num. 278; — **Duranton**, *Droit civil*, XII, num. 287); — si aggiunge o sopprime una clausola penale (**Giorgi**, *Obblig.*, VII, num. 392); — si muta il luogo del pagamento (**Laurent**, *Droit civil*, XVIII, num. 280, 281; — **Aubry** e **Rau**, *Cours*, IV, pag. 218, nota 33). — Si suol dire che c'è novazione oggettiva tacita quando si muta la

sue forme consuete, specie nel concordato moratorio e remissorio), tale mutamento sostanziale di prestazione e di vincolo non c'è, e non c'è quindi neanche novazione oggettiva tacita. Pertanto i principî vigenti in materia di novazione ci conducono ad affermare:

a) che nel concordato non c'è novazione *espressa*,

b) che nel concordato non c'è novazione *subiettiva tacita*,

c) che nel concordato non c'è novazione *obiettiva tacita;* e per conseguenza che il concordato nelle sue forme tipiche e pure (9), non importa novazione.

Le conseguenze giuridiche del concordato, specie del concordato obbligatorio, confermano questa conclusione:

a) Malgrado il concordato, i creditori conservano integri i loro

---

causa dell'obbligazione; così, ad esempio, se la somma che il debitore doveva a titolo di mutuo, si stabilisce che egli la dovrà, invece, a titolo di deposito (v. **Giorgi**, *Obblig.*, VII, num. 397). — A noi sembra che novazione oggettiva tacita per mutamento della causa della obbligazione, non possa darsi, per la ragione assai semplice che quando si ha costituzione di una nuova obbligazione, con causa nuova, non si ha novazione. Per la novazione occorre una precedente obbligazione che col suo contenuto dia vita ad una obbligazione nuova (**Ferrini**, *Pandette*, num. 502; — **Windscheid**, *Pandekten*, § 353, nota 36: " la volontà costitutiva crea una obbligazione invece di un'altra o, se si vuole, in base ad un'altra "; — **Karlowa**, *Das Rechtsgeschäft*, pag. 234; — **Salkowski**, *Zur Lehre von der Novation*, pag. 37 e seg., 79 e seg.); — la causa della novazione deve essere appunto l'estinzione dell'antica obbligazione (**Windscheid**, *Pandekten*, § 354, nota 2). — Quando, invece, vi è una causa materiale speciale per la costituzione della nuova obbligazione, o questa si aggiunge all'antica, e non v'è novazione, o l'antica si è estinta, e ciò significa che si è estinta per altra ragione, e non c'è neppure novazione. Nell'esempio citato si ha in realtà un pagamento con successiva restituzione della somma: l'obbligazione derivante dal mutuo si è estinta per pagamento, non per novazione (**Windscheid**, *Pandekten*, § 354, nota 2).

(9) Ammettiamo che in qualche caso speciale il concordato possa importare novazione; se, per es., le parti dichiarino *espressamente* di volere totalmente estinti i debiti antichi e i loro rapporti regolati diversamente mediante la costituzione di nuove obbligazioni; — se all'obbligo di pagare una cosa sostituiscano quello di pagarne un'altra sostanzialmente differente; — se, eliminata la persona del debitore, gli sostituiscano altri nella obbligazione. Ma sono figure anomale di concordato, che escono dal tipo a cui si è voluto riferire il legislatore e a cui perciò non sono sempre applicabili tutte le norme dettate da questi: come, ad es., l'obbligatorietà pei dissenzienti nel concordato di fallimento, la quale presuppone sempre un vero concordato.

diritti contro i coobbligati e fideiussori del fallito (art. 792 Cod. comm.). Ciò dimostra che l'antica obbligazione non è estinta, ma continua a produrre i suoi effetti, con qualche limitazione rispetto al debitore principale, in modo pieno e completo rispetto ai coobbligati e fideiussori. Se l'obbligazione fosse estinta per novazione i condebitori e fideiussori sarebbero liberati (art. 1277 Cod. civ.) (10);

b) Risoluto il concordato, i fideiussori in esso intervenuti non sono liberati, e le ipoteche e le altre garanzie in esso costituite rimangono integre (art. 843, ult. capov., Cod. comm.). Prova eloquente che tali nuove garanzie reali e personali sono date all'antico debito che permane, e non già al nuovo. La disposizione dell'art. 843 sarebbe un controsenso giuridico se si ammettesse la nascita di nuove obbligazioni mediante il concordato. Persistenza delle garanzie e cessazione della obbligazione principale, sono due termini perfettamente contradittori (11);

c) Dopo il concordato rimane a carico del debitore una obbligazione naturale per la parte di debito ridotta mediante il concordato. Anche questa conseguenza è incompatibile col concetto della novazione, la quale importa estinzione *totale* dell'antica obbligazione con la costituzione di una nuova;

d) Nel concordato può essere stabilito che il debitore si obblighi a pagare il residuo nel caso di *ritorno a miglior fortuna*. Alcune legislazioni (per es.: la belga) impongono esse, senz'altro, un tale obbligo al debitore. Ciò significa che non v'è una nuova obbligazione la quale prenda il posto dell'antica, giacchè l'antica, sia pure parzialmente, può ad ogni istante risorgere. Nè si dica che si tratta di *novazione condizionata*, perchè col verificarsi della pretesa condizione il concordato non rimane affatto risolto, nessuno avendo mai dubitato che le garanzie ed i maggiori diritti stipulati a favore dei creditori rimangano integri anche dopo il ritorno a miglior fortuna.

---

(10) Questa regola è assoluta: se il creditore ha chiesto l'adesione dei condebitori o fideiussori senza ottenerla, non v'è novazione (Art. 1277, cap. e **Giorgi**, *Teoria delle Obbligazioni*, VII, num. 422).

(11) La fideiussione cade, invece, nel caso di annullamento (art. 842, cap. 1°). Ciò non perchè venga meno una obbligazione principale costituita mediante il concordato, ma perchè l'annullamento investe il concordato in tutta la sua esistenza giuridica contrattuale, la quale essendo inquinata da vizi di consenso, deve cessare così di fronte ai creditori che di fronte ai fideiussori.

87. Accertato, adunque, questo punto: che il concordato non importa estinzione *totale* delle antiche obbligazioni con la sostituzione di nuove obbligazioni, vediamo se esso ne produca l'estinzione soltanto *parziale*, lasciandole intatte per la parte a cui i creditori non hanno rinunziato.

In alcune forme di concordato, per esempio, nel concordato semplicemente *moratorio*, è chiaro che non si può parlare di estinzione neppur parziale delle antiche obbligazioni. Ma noi andiamo più in là. Noi neghiamo l'estinzione parziale anche nelle forme di concordato in cui sia, in un modo o nell'altro, pattuita una vera *riduzione* nei diritti di credito spettanti ai creditori, non escluso, perciò, il caso in cui sia stipulata una diminuzione nella quantità della prestazione dovuta, cioè il caso del *concordato remissorio propriamente detto*. È vero che il nostro Codice civile colloca la remissione tra *i modi di estinzione delle obbligazioni* (capo IV, sezione III, articoli 1236 e 1279). Ma noi crediamo che le norme scritte nel Codice civile per la rimessione, non possano applicarsi a quella specie particolarissima di rimessione che è contenuta nel concordato, la quale nè possiede i caratteri, nè produce gli effetti della rimessione ordinaria. Fra la rimessione del concordato e la rimessione ordinaria, corrono gravi, sostanziali differenze che possiamo raggruppare intorno a quattro punti principali:

a) Poichè la rimessione ordinaria estingue l'obbligazione, colpisce, cioè, il *vincolo*, bisogna concludere che, almeno di regola, e per sua natura, essa non può comprendere una parte soltanto dell'ammontare di un credito, giacchè la contraddizione non consente che si ritenga cessato il vincolo, cioè estinta l'obbligazione e persistenti solo parzialmente gli effetti del vincolo cessato (12). Al contrario, la riduzione portata dal concordato remissorio è *sempre* parziale;

b) La rimessione ordinaria è un contratto a titolo gratuito, una vera forma di donazione: la donazione di un credito (13); il

---

(12) **Crome**, *Die Grundlehren*, pagg. 378 e 379.

(13) Che la rimessione ordinaria sia necessariamente un contratto a titolo gratuito o di beneficenza, anzi una vera donazione di credito, è ammesso generalmente sulla considerazione che se la estinzione delle obbligazioni è fatta in corrispettivo di una qualunque controprestazione, non si ha una vera rimessione, ma, secondo i casi, o un pagamento o una dazione in pagamento, o una

concordato è sempre un contratto a titolo oneroso, in cui i creditori non sono nè debbono essere animati da spirito di liberalità, ma dall'intento di ottenere un vantaggio (14);

c) Nella rimessione ordinaria il debitore è completamente liberato; nel concordato remissorio resta a suo carico una obbligazione naturale (15), rafforzata, secondo certe legislazioni (p. es. la francese), dalla sanzione derivante dalla necessità di adempierla per ottenere la riabilitazione; mentre, secondo certe altre legislazioni, resta addirittura una obbligazione civile la quale spiega la sua efficacia nel caso di *ritorno a miglior fortuna* (16);

d) La rimessione ordinaria libera i fideiussori (art. 1282 Cod. civile); la rimessione contenuta nel concordato non li libera (art. 792 Cod. commercio).

Il concordato, adunque, non una è rimessione ordinaria nè estingue, neppure parzialmente, le antecedenti obbligazioni. Il suo effetto sulle obbligazioni medesime è assai più limitato. Senza colpire inesorabilmente il diritto, il concordato ne paralizza soltanto l'esercizio: non influisce sul diritto, che resta integro, ma sull'azione; esso crea a favore del debitore una obbligazione *personale*, obbligando i creditori *a non esercitare parte dei loro diritti o ad esercitarli solo nei modi e nelle forme indicati nel concordato;* si tratta, dunque, non già di estinzione *ipso iure*, ma di creazione di uno *ius exceptionis*. Adoperando la denominazione romana di un istituto assai affine al nostro, possiamo dire che nel concordato vi è un *pactum de non petendo*, stipulato dai creditori a favore del debitore.

Questo concetto di un patto contrattuale avente per oggetto la obbligazione di non esercitare sia per un certo tempo *(pactum de non petendo intra tempus)* sia definitivamente *(pactum de non petendo*

---

novazione. **Chironi**, *Istituzioni*, II, § 299; — **Giorgi**, *Obblig.*, VII, num. 107; — **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon*, XIV, num. 373; — **Laurent**, *Principes*, XVIII, num. 333; — **Colmet de Santerre**, *Cours analitique de Code Napoléon*, V, num. 230; — **Larombière**, *Obligations*, art. 1285, pag. 94. — Ma vedi contro: **Fadda** e **Bensa**, *Note alle Pandette di* **Windscheid**, **pag.** 875 (i quali però hanno un concetto assai più lato della rimessione).

(14) Vedi *infra*, num. 88, pag. 196.

(15) Vedi *infra*, num. 89.

(16) V. **Thaller**, *Traité élémentaire*, 2ª ed., num. 2099; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 617.

puro e semplice) un determinato diritto di credito è tutt'altro che estraneo al diritto moderno. Già è controverso se la stessa rimessione estingua senz'altro la obbligazione, o se, piuttosto, non crei soltanto a carico del creditore un obbligo personale di non esercitare il diritto, e a favore del debitore una eccezione atta a respingerne l'esercizio; e gli autori di diritto comune si pronunciano appunto in questo senso (17). Ma senza difficoltà si ammette generalmente (e questo a noi basta) accanto alla rimessione estintiva una forma di rimessione semplicemente costitutiva di uno *ius exceptionis* (18). E che appunto di questa forma particolare di rimessione, ossia di un *pactum de non petendo*, si tratti nel concordato, ci persuadono le ragioni seguenti:

a) Vera estinzione dell'obbligazione si ha solo per quei modi di estinzione che costituiscono un *soddisfacimento* dell'obbligazione: solo il pagamento e gli altri modi di estinzione che equivalgono al pagamento (compensazione, confusione, novazione e rimessione) *consumano* e quindi *estinguono* realmente il *diritto*. I modi di estinzione che non consumano il *diritto*, ma paralizzano l'*azione*, non si può dire che estinguano l'obbligazione (infatti ad essi sopravvive l'obbligazione naturale: es.: nel caso di prescrizione). Ora il concordato non equivale affatto a pagamento (la rimessione sì, perchè il creditore in essa dona al debitore l'oggetto della prestazione e si dichiara soddisfatto) e quindi non colpisce il diritto, ma l'azione.

---

(17) V. **Vangerow**, *Pandekten*, III, § 621, nota 1, pagg. 382, 383; — **Wächter**, *Pandekten*, Leipzig, 1881, II, § 195, pag. 430, *sub* II, 2; — **Baron**, *Pandekten*, Leipzig, 1896, § 268, pag. 495, *sub* II. — Contro, v., per il diritto austriaco, **Hasenhörl**, *Das österreichische Obligationenrecht*, 2ª ed., Wien, 1892-99, II, § 98, pag. 576; — per il diritto francese: **Crome**, *Die Grundlehren*, § 28, pag. 378, *sub* IV.

(18) **Unger**, *System*, II, pag. 206, nota 17; — **Dernburg**, *Das bürgerliche Recht d. deutschen Reichs und Preussens*, Halle, 1899, II, pag. 296, *sub* II. — Una di queste forme di rimessione semplicemente costitutive di un *ius exceptionis* personale è la così detta *rimessione personale* (in contrapposto alla rimessione *reale*, la cui efficacia estintiva è più chiara). Già **Pothier**, *Obligations*, num. 617, diceva: " La rimessione o liberazione personale libera semplicemente il debitore dalla sua obbligazione. Essa non estingue il debito che indirettamente, qualora il debitore a cui è accordata fosse il solo debitore principale, giacchè non può esistere debito senza un debitore ". — Cfr. **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon*, XV, num. 458; — **Laurent**, *Principes*, XVIII, num. 368; — **Crome**, *Die Grundlehren*, pag. 379; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, pag. 362, nota 16.

E infatti, come vedremo, la gran maggioranza degli autori ammette che al concordato sopravviva una obbligazione naturale;

b) Il concordato toglie ai creditori l'azione contro il debitore principale, non contro i condebitori e fideiussori che possono essere obbligati a soddisfare l'intera obbligazione (art. 792 Cod. comm.). Questo principio, che ha finora formato ostacolo all'accoglimento di qualunque altra dottrina intorno all'efficacia del concordato sulle obbligazioni preesistenti, costituisce una prova preziosa a favore della nostra teoria. La persistenza dell'obbligazione dei condebitori e fideiussori non può dipendere se non da ciò che il concordato contiene soltanto un *pactum de non petendo*, il quale, essendo stipulato solo col debitore principale, vale solo di fronte a coloro che si obbligarono con lui o garantirono la sua obbligazione;

c) La risoluzione del concordato non libera i fideiussori in esso intervenuti, nè fa cessare le ipoteche e le altre garanzie con esso costituite (art. 843 ult. capov., Cod. comm.). Anche questa norma conferma l'esistenza di un *pactum de non petendo*, con la quale soltanto essa è compatibile. La risoluzione del concordato implica ritorno dei creditori nella integrità dei loro diritti (art. 843, 844, 845 Cod. comm.): risoluzione cioè appunto del *pactum de non petendo*. A questa risoluzione non contradice la persistenza delle garanzie reali e personali date a sussidio delle antiche obbligazioni, le quali sono rimaste intatte nella sostanza, malgrado il *pactum de non petendo*.

d) Il creditore avente pegno o ipoteca concessa da un terzo non perde col concordato il diritto di ottenere sulla cosa oggetto della garanzia il pagamento dell'intero credito. Nè può essere diversamente. Nel fallimento del debitore diretto egli non può essere considerato ipotecario o privilegiato perchè non ha privilegio o ipoteca sui beni del fallito, e se venisse considerato tale sarebbe escluso da ogni ripartizione sui beni del fallito. Ma se è considerato chirografario rimane sottoposto al concordato anche se non l'ha voluto (art. 840): sarebbe assurdo che la garanzia cessasse di essergli utile quando meglio gli serve.

88. Le cose dette finora ci forniscono altresì una soddisfacente spiegazione della persistenza che noi abbiamo sempre affermato ed affermiamo di una obbligazione *naturale* a carico del debitore dopo il concordato per il pagamento di ciò che nel concordato

è stato rimesso dai creditori. In mezzo alle vive controversie che si sono agitate, non solo sul concetto, ma sulla stessa ammessibilità delle obbligazioni naturali nel nostro diritto positivo, un relativo accordo può dirsi raggiunto tra gli autori intorno ai punti seguenti: L'obbligazione naturale non deve confondersi coi puri doveri morali o di coscienza; essa esiste come una specie particolare di obbligazione e precisamente come una obbligazione civile imperfetta (19). La imperfezione sta in ciò che da questo rapporto giuridico obbligatorio nasce a favore del creditore un diritto privo di azione (20), mancante, cioè, di coazione *diretta* e capace soltanto

(19) Contro l'esistenza odierna di obbligazioni naturali, vedi **Gabba**, *Teoria della retroattività delle leggi*, 2ª ed., Torino, 1889, IV, pagg. 11-12; — **Ricci**, *Corso di diritto civile*, 2ª ed., Torino, 1886, VI, num. 3; — **Giorgi**, *Obbligazioni*, I, num. 35 e seg. — Ma l'esistenza di tali obbligazioni come obbligazioni giuridiche è ammessa dalla dottrina prevalente: v. **Pothier**, *Obligations*, num. 175; — **Larombière**, *Obligations*, art. 1235, num. 6; — **Borsari**, *Commento al Codice civile*, III, § 2272; — **De Massol**, *Obligation naturelle*, Paris, 1862; — **Laurent**, *Principes*, XVII, num. 1 e seg.; — **Aubry** e **Rau**, *Droit civil*, IV, § 297; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch*, II, § 277, pag. 223; — **Polacco**, *Lezioni sulle obbligazioni*, num. 22.

(20) A torto si nega da alcuno (per es.: da **Giorgi**, *Obbl.*, I, num. 62) l'esistenza di diritti subiettivi senza azione nell'ordinamento giuridico odierno. Ciò dipende da un concetto assai diffuso oggidì, ma che noi riteniamo assolutamente erroneo: che cioè l'azione sia un *aspetto particolare del diritto subiettivo.* — Secondo la nostra opinione, che è anche quella di uno dei nostri più illustri proceduristi, il **Mortara**, l'azione è qualche cosa di completamente diverso dal diritto (v. **Mortara**, *Manuale della proc. civile*, 2ª ed., Torino, 1898, I, num. 12). L'azione è un diritto subiettivo di per sè stante: un diritto subiettivo *formale* affatto distinto dal diritto subiettivo *materiale*. Ambedue questi diritti subiettivi derivano dal diritto obiettivo *(norma agendi)*. Il diritto subiettivo materiale è la facoltà di esplicare la propria attività entro i limiti segnati dal diritto obiettivo: il diritto subiettivo formale o azione è la facoltà di ottenere coattivamente per mezzo del magistrato l'attuazione pratica del diritto obiettivo. Quindi è vero il principio: nessuna azione che non corrisponda al diritto obiettivo; ma non è vero il principio: nessuna azione senza diritto subiettivo, perchè, per fondare l'azione, basta l'esistenza del diritto obiettivo ed un *interesse* ad ottenerne l'attuazione. Se poi dal diritto obiettivo sia nato realmente a favore di chi pretenda ottenerne coattivamente l'attuazione, un diritto subiettivo, è cosa che dovrà esaminare il giudice: il primo risultato dell'esercizio dell'azione sarà perciò la *dichiarazione dell'esistenza del diritto subiettivo*: il secondo risultato sarà l'*esercizio effettivo di tale diritto col presidio della coazione giudiziale*: i quali sono appunto i due momenti dell'*attuazione del diritto obiettivo.* Ora *attuazione del diritto obiettivo* significando indagine sulla esistenza

di *coazione indiretta* (21). La forma tipica e principale di coazione indiretta che contraddistingue l'obbligazione naturale è la *soluti retentio* cioè *l'eccezione* con la quale il creditore di una obbligazione naturale, spontaneamente soddisfatta, può respingere l'azione del debitore diretta alla restituzione del già pagato quando causa del pagamento sia stato appunto il soddisfacimento della obbligazione naturale (22).

Ora se è certo che dopo il concordato i creditori non hanno più azione per ottenere la parte di credito a cui hanno dovuto rinun-

---

dei diritti subiettivi che si pretendono derivare da esso ed esercizio coattivo di tali diritti una volta accertati, è chiaro che l'azione è qualche cosa di distinto dal diritto subiettivo perchè mira appunto all'accertamento e all'esercizio coattivo di esso. Diremo azione: " la pretesa, fondata sul diritto obiettivo, di dichiarazione ed esercizio coattivo del diritto subiettivo ". Si comprende che nel nostro ordinamento giuridico ogni diritto subiettivo sia accompagnato da una azione e ciò *normalmente*, per principio generale; per cui non c'è bisogno (come nel diritto romano) di una disposizione espressa che conceda, a chi pretende di esercitare un diritto subiettivo materiale, l'altro diritto subiettivo di rivolgersi al magistrato per ottenerne la dichiarazione e l'esercizio coattivo (azione). È *normale* questa accessione di una azione ad ogni diritto subiettivo propriamente detto o materiale. Ma l'azione, non essendo un elemento del diritto subiettivo e tanto meno un elemento *costitutivo* o *essenziale*, può darsi benissimo diritto subiettivo senza azione, sfornito, cioè, di questo importantissimo, ma non unico mezzo di coazione giuridica (V., sostanzialmente, in questo senso anche **Polacco**, *Lezioni sulle obbligazioni*, pag. 54).

(21) Questo concetto dell'obbligazione naturale può dirsi oramai dominante. V. **Polacco**, *Obbligazioni*, num. 22; — **Laurent**, *Principes*, XVII, num. 1 e seg.; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch*, § 277, pag. 222 e seg.; — **Filomusi-Guelfi**, *Lezioni sulle obbligazioni* (lit.), Roma, 1897, pag. 41 e seg.; — **Mourlon**, *Répétitions écrites*, l. III, cap. III, sez. I, § 1; — **Windscheid**, *Pandekten*, § 287; — **Brinz**, *Pandekten*, II (2ª ed.), § 219; — **Wächter**, *Pandekten*, II, § 180, pag. 323; — **Baron**, *Pandekten*, § 230, *sub* I; — **Förster-Eccius**, *Preussisches Privatrecht*, 7ª ed., Berlin, 1896, I, pag. 346; — **Stammler**, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1897, pag. 27; — **Stobbe**, *Handbuch d. deutschen Privatrechts*, 3ª ed., Berlin, 1898, III, § 212, pag. 117; — **Dernburg**, *Pandekten*, II, § 4; — *Das bürgerliche Recht*, Halle, 1899, pag. 9, § 3; — **Cosack**, *Lehrb. d. deutschen bürg. Rechts*, 3ª ed., Jena, 1900, § 80, pag. 287, *sub* 5; — **Endemann**, *Lehrbuch d. bürg. Rechts*, Berlin, 1900 (7ª ed.), § 99, pagg. 417 e 418; — **Hasenhörl**, *Das österreichische Obligationenrecht*, I, § 2, pag. 27. — Per l'esistenza di un diritto in senso giuridico basta una coazione giuridica qualunque: non è necessaria la coazione diretta che si ha a mezzo dell'azione.

(22) Se il pagamento avesse avuto per causa una spontanea liberalità (donazione) sarebbe stato irripetibile già per l'art. 1146 Cod. civile; ma se avesse

ciare, ciò non significa che, per quella parte, il loro diritto sia totalmente distrutto. L'obbligazione, invece, continua a sussistere come obbligazione naturale, producente diritti *indirettamente* coercibili. Contro questa deduzione non si può opporre che una obbligazione naturale sopravvivente al concordato deve negarsi, perchè in nessun luogo la legge riconosce tale obbligazione nelle sole due forme in cui le è possibile farlo, vale a dire: o col negare l'azione o col dichiarare irripetibile il pagamento (23). La mancanza di un testo apposito di legge che neghi l'azione o che dichiari la *soluti retentio* non impedisce che si riconosca l'obbligazione naturale e perciò la validità del pagamento fatto in esecuzione di essa. Come osserva ottimamente il Polacco, possono aversi obbligazioni naturali anche se manca il testo esplicito di legge che le riconosca mediante il diniego dell'azione o l'ammissione della *soluti retentio* (24).

---

avuto per causa l'intenzione di estinguere una obbligazione civile perfetta, sarebbe ripetibile, la *soluti retentio* dell'art. 1237, presupponendo un pagamento *volontario* e *cosciente*, non indotto cioè nè da violenza, nè da dolo, nè da errore. — Vedi *infra*, nota 33.

(23) La tendenza a non riconoscere obbligazioni naturali, se non nei casi in cui la legge *espressamente* neghi l'azione oppure dichiari irripetibile il pagamento, si è venuta affermando presso alcuni autori (**Laurent**, *Principes*, XVII, num. 6; — **Mourlon**, *Répétitions écrites*, III, tit. III, capo V, sez. I, § 1; — **De Crescenzio**, *Obbligazione*, num. 90, pag. 110) come reazione contro l'indirizzo già prevalente che fondando l'obbligazione naturale, ora sul diritto naturale (**Weber**, *Systematisches Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeiten*, Schwerin, 1811, 5ª ed., § 43; — **Zachariä**, *Cours de droit civil français*, Bruxelles, 1850, II, § 297), — ora sulla morale e sulla equità (**Pothier**, *Obligations*, num. 191 e seg.; — **Duranton**, *Droit civil*, X, num. 34; — **Larombière**, *Théorie et pratique des obligations*, art. 1235, num. 6, pag. 62; — **Demolombe**, *Droit civil*, XXVII, num. 34; — **Borsari**, *Commentario*, III, 2, pag. 163; — **Scheurl**, *Heidelberger Krit. Zeitschrift*, I, pag. 506 e seg.; e *Jahrbücher für die Dogmatik*, VII, pag. 318 e seg.; — **Arndts**, *Pandekten*, § 217; — **Brinz**, *Krit. Blätter*, III, pag. 38), — ora sul *ius gentium* (**Savigny**, *Obligationenrecht*, pag. 22 e seg.; — **Puchta**, *Pandekten*, § 237; — **Büchel**, *Civilrechtliche Erörterungen*, Marburg und Leipzig, 1832-1836, II, num. 1; — **Erxleben**, *Die condictiones sine causa*, 1850, I, pag. 118 e seg.; — **Ryck**, *Die Lehre von den Schuldverhältnissen*, 1883, I, pag. 14 e seg.), ma sempre fuori del diritto positivo, — rendeva impossibile l'adottare un criterio sicuro per riconoscere l'esistenza dell'obbligazione naturale, e giungeva fino a dichiarare una questione di fatto, devoluta al giudizio insindacabile del magistrato, il decidere quando si ha obbligazione naturale. V. **Zachariä-Dreyer**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 7ª edizione, 1886, II, § 297.

(24) **Polacco**, *Lezioni sulle obbligazioni*, pag. 63.

Un simile criterio distintivo delle obbligazioni naturali — posto rigidamente da alcuni autori, come reazione alle tendenze eccessivamente idealistiche di quella scuola di giureconsulti che cercava il fondamento delle obbligazioni naturali fuori del diritto positivo — si è dimostrato eccessivo non solo, ma in alcuni casi malsicuro e inesatto. Può esservi, infatti, un testo legislativo che neghi l'azione o accordi la *soluti retentio*, senza che perciò possa discorrersi di obbligazione naturale (25). Certo, un criterio generale sicuro e atto a fondare l'obbligazione naturale esclusivamente nel diritto positivo, non è facile a rintracciarsi; nè ci sembra che quelli dati finora soddisfino pienamente (26). Noi crediamo che occorra distinguere i casi

---

(25) Ciò hanno messo in chiaro ottimamente il **Crome**, *Die Grundlehren*, § 3, pag. 19, nota 2, — e il **Polacco**, *Obbligazioni*, pag. 64 e seg. — Il **Crome** osserva: " Quando poi si dice che si deve riconoscere una obbligazione naturale dove la legge ha espressamente negato l'azione, si dice troppo e troppo poco. Troppo poco, perchè la *denegatio actionis* espressa si ha solo in quei casi che la legge menziona anche in altro modo: troppo, perchè il diniego dell'azione può dipendere anche da altri motivi, che dall'esistenza di una obbligazione naturale, per es.: da *turpitudo*. E perciò rimane del tutto insoluto il problema perchè il diritto in alcuni casi ha riconosciuto obbligazioni alle quali nega il più importante degli effetti giuridici, l'esperibilità per via di azione ". — E il **Polacco**, citando l'esempio dell'art. 147 Cod. civile, dimostra benissimo che la formula usata dal legislatore, che in un dato caso non competa azione, può essere segno non di obbligazione naturale, ma di inesistenza di qualunque obbligazione giuridica. Sull'esempio, poi, dell'art. 1830 Cod. civile, prova che vi possono essere casi in cui la legge accorda la *soluti retentio*, per altre ragioni che per l'esistenza di una obbligazione naturale. — In questo senso, vedi anche: **Zachariä-Crome**, *Handbuch d. französischen Civilrechts*, II, § 277, pagina 225, testo e nota 17.

(26) Il criterio, proposto dallo **Zachariä**, *Cours de droit civil français*, II, § 297, e meglio precisato dai sigg. **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, Paris, 1871 (4ª ed.), § 297, pag. 4, della *virtuale coercibilità*, è insufficiente perchè, se ogni obbligazione naturale è una obbligazione coercibile, non ogni obbligazione coercibile non riconosciuta come obbligazione civile, è una obbligazione naturale. — Vedemmo come sia fallace anche il criterio del **Laurent**, del riconoscimento espresso mediante diniego dell'azione, e del **De Crescenzio**, del riconoscimento espresso mediante o diniego dell'azione o concessione della *soluti retentio*. — Neppure ci soddisfa il criterio proposto dal **Crome**, *Die Grundlehren*, § 3, p. 20, e in **Zachariä-Crome**, *Handbuch d. französischen Civilrechts*, II, p. 225, che sviluppando e precisando un concetto accennato da **Windscheid**, *Pandekten*, § 287, definisce le obbligazioni naturali come obblighi di convenienza sociale riconosciuti dall'ordinamento della società civile e che il diritto prende in conside-

di obbligazione, i quali, secondo la legge, non possono *nascere* che come obbligazioni naturali, dai casi di obbligazioni che sono nate come obbligazioni civili, ma che, avendo perduta l'azione, rimangono obbligazioni semplicemente naturali (27). La prima specie di obbligazioni naturali deve essere voluta espressamente dal legislatore, e ciò perchè la regola essendo che da un dato fatto o non nasce obbligazione — perchè la legge lo disconosce — o nasce obbligazione civile — quando e perchè la legge lo riconosce — il caso di una obbligazione che nasce come obbligazione naturale è eccezionale e quindi di stretta interpretazione. — Vi ha costituzione espressa di obbligazione naturale solo quando la legge in modo esplicito riconnette ad un fatto determinato alcuni effetti obbligatori civili (fra cui importantissimo la *soluti retentio*), *ma con-*

---

razione solo in modo incompleto; la natura degli obblighi di tal fatta, espressamente presi in considerazione dalla legge, ci deve essere di guida per decidere se altri obblighi sociali fondati sugli stessi motivi costituiscono obbligazioni naturali. A parte il concetto che l'obbligazione naturale presupponga sempre un obbligo di convenienza sociale a cui la legge concede un riconoscimento imperfetto (criterio distintivo che può ingenerare incertezze pericolose nel determinare l'esistenza dell'obbligo di convenienza), l'analogia a cui si vuol ricorrere per stabilire quali obblighi di convenienza sociale sono obbligazioni imperfette, non è ammissibile, perchè il riconoscimento *ex novo* di una obbligazione come imperfetta è un'eccezione nel sistema del nostro diritto, in cui ad ogni diritto corrisponde l'azione, e non è suscettibile di interpretazione analogica. — Neppure, infine, ci sembra accettabile il criterio del **Polacco**, *Obbligazioni*, pag. 62 e seg. Il **Polacco** prende le mosse dall'idea dello **Zachariä**, della *virtuale coercibilità*, ma la precisa stabilendo che una prestazione è coercibile se diretta ad attuare quella norma fondamentale di giustizia che sta racchiusa nel *suum cuique tribuere*; per decidere poi quando un obbligo virtualmente coercibile sia stato riconosciuto dal diritto come obbligazione naturale bisogna starsene alla legge, interpretata anche per via di analogia. Contro questo criterio osserviamo: 1° che riferendo la virtuale coercibilità al principio *suum cuique tribuere* si sposta, non si risolve la questione. *Suum* secondo quali principî? Non secondo quelli del diritto, perchè si tratta appunto di vedere se il diritto lo riconosca come tale. Allora secondo quelli della morale; e si ritorna, in tal caso, di nuovo alla dottrina che il **Polacco** respinge; 2° che non è luogo ad interpretazione analogica in una materia eccezionale quale è quella dell'incompleto riconoscimento come obbligatorio di un rapporto di fatto.

(27) **Hasenhörl**, *Das österreichische Obligationenrecht*, I, pag. 29, enumerando i quattro casi di obbligazione naturale, secondo lui, riconosciuti dal diritto austriaco, fa una distinzione analoga.

temporaneamente nega l'azione (es.: il caso dei debiti di giuoco) (28). Le obbligazioni naturali della seconda categoria non sono che obbligazioni perfette, divenute imperfette per la perdita dell'azione. In questo caso l'obbligazione essendo già sôrta, non è necessario che la legge ne riveli l'esistenza riconoscendone alcuni effetti; ma basta risulti che ad una obbligazione perfetta esistente si è tolta l'azione: ciò significa che l'obbligazione perdura come semplice obbligazione naturale. *Ora producono perdita dell'azione con persistenza dell'obbligazione tutte le così dette cause estintive dell'obbligazione, che non si risolvono in un soddisfacimento dell'obbligazione.* L'obbligazione si estingue solo quando essa finisce naturalmente il suo ciclo di esistenza; quando cioè è soddisfatta: *il che avviene soltanto col pagamento e con quei modi di estinzione che equivalgono al pagamento* (novazione; compensazione; rimessione a titolo gratuito; confusione). Quando, invece, l'obbligazione è sôrta, ma al creditore è vietato di esercitare il suo diritto, non già perchè questo si sia *consumato* ma per l'intervento di una causa che lo paralizza (p. es.: prescrizione; ingiusta sentenza passata in giudicato; falso giuramento), l'obbligazione, priva dell'azione, persiste come obbligazione *imperfetta o naturale* (29). *Ogni causa, così detta estintiva della obbligazione, che non consista nella consumazione naturale del diritto del creditore, non ha altro effetto che quello di privare il creditore dell'azione, lasciando sussistere l'obbligazione come obbligazione naturale.*

Ora, questo appunto è il caso del concordato. Nel concordato il

---

(28) Il solo riconoscimento di alcuni effetti obbligatorî non basta a caratterizzare l'obbligazione naturale, essendo questi effetti comuni alle obbligazioni civili perfette; il solo diniego dell'azione non basta, l'azione essendo negata anche dove l'obbligazione è addirittura inesistente o nulla come conseguenza della mancanza del diritto. — Solo dalla riunione di ambedue queste disposizioni risulta evidente ed esplicita la volontà della legge di riannodare ad un dato fatto la nascita di una obbligazione semplicemente naturale. In generale può dirsi che la legge riconnette ad un fatto la nascita di una obbligazione semplicemente naturale, quando non intende favorirlo riconoscendogli pienezza di effetti giuridici, ma non lo considera neppure così illecito da privarlo di qualsiasi effetto giuridico.

(29) Non chiamiamo *cause di estinzione* delle obbligazioni quelle che sono cause di annullamento; l'estinzione presuppone la *vita* dell'obbligazione, ed una vita reale, valida, non viziata da cause che ne annullino o distruggano l'esistenza (fra queste è la condizione risolutiva che, avveratasi, retroagisce e fa come se l'obbligazione non fosse mai sôrta).

diritto dei creditori non si consuma, come si consuma, invece, in tutti i modi di estinzione delle obbligazioni che si risolvono in un pagamento. Nel concordato il creditore non estingue l'obbligazione, ma solo, spinto dalla necessità, rinunzia all'azione verso il debitore. La differenza sostanziale tra rimessione e concordato giustifica questa conclusione. La rimessione è un atto di liberalità: essa implica una donazione che il creditore fa al debitore della cosa dovuta, dichiarandosi soddisfatto; è quindi un modo di estinzione delle obbligazioni che equivale al pagamento. Nel concordato, invece, il creditore non si dichiara per nulla soddisfatto, esso non si spoglia volontariamente dell'oggetto della prestazione, a cui ha diritto, a favore del debitore che resterebbe così liberato, ma si limita a rinunziare all'azione, per ottenere spontaneamente e senza le lungaggini del procedimento esecutivo quello che avrebbe ottenuto esercitando fino all'ultimo l'azione e, possibilmente, qualche cosa di più (30). La percentuale promessa nel concordato ci rappresenta ciò che avrebbe dato l'azione. È *l'azione* dunque, e non il diritto, che il creditore perde col concordato. Ecco perchè le obbligazioni dopo il concordato persistono come obbligazioni *naturali*. Questa conclusione, che risulta necessariamente dai caratteri distintivi della obbligazione naturale, è rafforzata da due disposizioni della legge commerciale, le quali, riconoscendo espressamente alle obbligazioni del fallito concordatario taluni effetti giuridici importanti, ne confermano la persistenza come obbligazione imperfetta:

a) Un primo effetto giuridico che la nostra legge riannoda alle obbligazioni del fallito dopo il concordato è quello sancito dagli articoli 839 e 815 Cod. comm. Da questi articoli risulta implicitamente, ma chiaramente, che anche dopo il soddisfacimento da parte del fallito degli obblighi risultanti dal concordato, l'iscrizione nell'albo dei falliti è mantenuta sino al totale pagamento dei crediti ammessi al fallimento, salvo il caso che il tribunale creda il fallito

(30) A torto, perciò, il **Siliotti**, *Del pagamento nel diritto privato italiano*, Roma, 1897, pag. 238 e seg., dopo aver dimostrato che il concordato è un atto a titolo oneroso, ne vuol dedurre che ad esso non può sopravvivere alcuna obbligazione naturale. Appunto perchè atto a titolo oneroso (fatto cioè, senza intenzione di liberalità) il concordato si distingue dalla rimessione, e appunto perciò non equivale a pagamento, non consuma l'obbligazione e non estingue il diritto. O, in altri termini, sottraendo all'obbligazione l'azione, la rende una obbligazione imperfetta o naturale.

meritevole di particolare riguardo. La legislazione francese possiede una disposizione analoga, ma molto più rigorosa: essa nega al fallito concordatario la riabilitazione, se non abbia integralmente pagato tutti i suoi debiti (*Code de commerce*, art. 604). Questi effetti giuridici perniciosi per il fallito concordatario, che sopravvivono al concordato, costituiscono vere sanzioni indirette delle obbligazioni comprese nel concordato, alle quali pertanto non si può negare il carattere di obbligazioni imperfette o naturali.

b) La legge mantiene integri i diritti dei creditori contro i fideiussori del fallito che ha stipulato un concordato (art. 792 Cod. comm.). Ma la fideiussione è una obbligazione accessoria la quale presuppone una obbligazione principale (art. 1899 Cod. civ.) e questa non può essere che l'obbligazione naturale sopravvivente al concordato. È il caso di ripetere per la fideiussione ciò che il giureconsulto romano diceva a proposito del pegno: „ *Manet propter pignus naturalis obligatio* „ (31).

Dalla persistenza di una obbligazione naturale a carico del debitore dopo il concordato così amichevole che obbligatorio (32), deriva:

a) che il debitore non potrà ripetere ciò che avrà pagato senza

---

(31) Fr. 61, *Ad Senatusconsultum Trebellianum*, 26, 1.

(32) La persistenza di una obbligazione naturale dopo il concordato è riconosciuta dagli autori, i quali però, sogliono esaurire la dimostrazione della tesi in semplici affermazioni dogmatiche. V. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 267; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8547; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 301; — **Alauzet**, *Comm.*, IV, num. 1804; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.* (Paris, 1864), V, pag. 429, nota 2; — **Pardessus**, *Cours de droit comm.*, Bruxelles, 1843, III, num. 1247; — **Parodi**, *Lezioni di dir. comm.*, Genova, 1854, I, pagina 241; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil franç.*, 4ª ed., IV (Paris, 1871). § 297, pag. 7, *sub c)*; — **Duranton**, *Droit civil*, X, num. 40; — **Colmet de Santerre**, *Cours analytique de Code Napoléon*, V, num. 174 *bis*; — **Laurent**, *Principes*, XVII, num. 21 e 22; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 617; — **Boistel**, *Cours*, num. 1046; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2099, 2105; — **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon*, XXVII, num. 40; — **Crome**, *Die Grundlehren*, § 3, pag. 27 e nota 48; — **Dernburg**, *Pandekten*, II, § 5, *in fine*; — **Völderndorf**, *Die Konkursordnung*, II, pag. 611; — **Stobbe**, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3ª ed., III. Berlin, 1898, § 212, pag. 118; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch*, II, § 277, nota 16; — **Schrutka-Rechtenstamm**, *Compensation im Concurse*, 1881, pag. 130; — **Frankl**, *Der Concurs der offenen Handelsgesellschaft nach österreichischem Rechte*, pag. 73; — **Strohal**, nella **Grunhut**'*s Zeitschrift für privat und öffentliches Recht der Gegenwart*, VIII, pag. 87; — **Unger, nella**

violenza, dolo o errore, in più della percentuale promessa nel concordato (33);

Grunhut's *Zeitschrift*, XV, pag. 379; — **Dernburg**, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, II (Halle, 1899), pag. 11, *sub c)*; — **Pollak**, *Concursrecht*, § 72, pag. 426; — **Seuffert**, *Deutsches Konkursprozessrecht*, § 57, pag. 443, *sub h)*; — **Kohler**, *Lehrbuch*, § 73, pag. 462; — e nella *Zeitschrift di* **Grunhut**, XIV, pag. 21; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, sul § 178, pag. 462; — **Sarwey**, *Konkursordnung*, sul § 178, pag. 809. — Per la persistenza della obbligazione naturale si è pronunciata anche, esplicitamente o implicitamente, la giurisprudenza italiana e straniera: v. A. Firenze, 22 gennaio 1886, *Annali*, 1886, 102; — Cass. Roma, 13 febbraio 1885, *Legge*, 1885, I, 723; — A. Poitiers, 2 luglio 1872, *Dalloz*, 1872, II, 166; — Trib. civile Seine, 17 novembre 1886, *Journ. des faill.*, 1887, 273; — Trib. comm. Nantes, 23 marzo 1889, *Journ. des faill.*, 1889, 397; — Trib. civ. Seine, 9 febbraio 1891, *Journ. des faill.*, 1891, 368; — Trib. comm. di Marsiglia, 24 ottobre 1893, *Journ. des faill.*, 1894, 462; — R. O. H. G., 20 dicembre 1872, *Entscheidungen*, VIII, 279; — *Reichsgericht* germanico, 22 settembre 1885, *Rheinisches Archiv*, CXXVI, pag. 96 (citato da **Crome**, *Die Grundlehren*, pag. 27, nota 48); — e le decisioni richiamate da **Dernburg**, *Das bürgerliche Recht*, pag. 11, nota 11; — e da **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 443, nota 27. — Contro questo imponente plebiscito hanno negato l'obbligazione naturale dopo il concordato, soltanto: **Giorgi**, nel *Foro ital.*, 1891, I, 413 e seg.; — **Siliotti**, *Del pagamento nel diritto privato italiano*, Roma, 1897, pag. 238 e seg.; — **Cuzzeri**, *Comm.*, 930; — **De Crescenzio**, *Obbligazione*, nell'*Enciclop. giur.*, num. 119; — **Hasenhörl**, *Das österreichische Obligationenrecht*, 2ª ed., Wien, 1892-99, I, pag. 29, nota 9; – **Krasnopolski**, in *Kritische Vierteljahresschrift*, XXIII, 353; — e il Trib. Varese, 20 dicembre 1885, nel *Mon. trib.*, 1886, 282.

(33) La *soluti retentio* è l'effetto più importante delle obbligazioni naturali. Per essere irrepetibile non basta che il pagamento sia fatto *liberamente*, non sia cioè viziato nè da dolo nè da violenza: ma deve essere fatto *scientemente*, senza errore, con l'intenzione appunto di estinguere l'obbligazione naturale (sarebbe perciò ripetibile se fosse fatto nell'erronea credenza di essere obbligato civilmente). Dopo alquante incertezze gli autori sembrano aver preferito questa interpretazione dell'avverbio *volontariamente* dell'art. 1237 Cod. civ. V. autori citati da **Giorgi**, *Obblig.*, 5ª ed., I, num. 38, ai quali *adde:* — **De Pirro**, *Teoria della ripetizione dell'indebito*, Città di Castello, 1892, pag. 100 e seg.; — **Lomonaco**, *Obblig.*, II, Napoli, 1890, num. 212; — **Polacco**, *Obblig.*, num. 26, pag. 69; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, § 277, nota 10; — **Crome**, *Die Grundlehren* § 3, pag. 21; — **Stobbe**, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 2ª ed., § 212, pag. 117 (che nota la differenza col diritto territoriale prussiano). — Per la irripetibilità dei pagamenti fatti scientemente in estinzione delle obbligazioni ridotte nel concordato: A. Milano, 29 novembre 1898, *Mon. trib.*, 1899, 748; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 269, testo e nota 1; **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8547; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 617; — **Boistel**, *Cours*, num. 1046; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 443, *sub h)*;

b) che il pagamento così fatto in adempimento della obbligazione naturale sarà un atto a titolo oneroso e non una donazione: sarà, perciò, valido anche senza la formalità richiesta dall'art. 1056 Cod. civile per gli atti di donazione; non sarà soggetto alle cause speciali di revoca degli art. 1081 e 1083; alla riducibilità per lesa legittima (art. 1091 e segg.); all'obbligo della collazione (art. 1001); alle norme speciali dell'azione pauliana e dell'azione di nullità riguardo agli atti a titolo gratuito (art. 1235 Cod. civ.; art. 707 n° 1 Cod. comm.) (34);

c) che tutti gli effetti delle obbligazioni civili, purchè non si risolvano in un soddisfacimento *coattivo* della obbligazione (come sarebbe ad es.: la compensazione, il pegno, l'ipoteca, il diritto di ritenzione) si estendono alle obbligazioni sopravviventi al concordato (es.: novazione, confusione, fideiussione) (35);

d) che l'obbligazione naturale la quale rimane dopo il concordato può essere causa legittima e sufficiente di una obbligazione civile (36).

— **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 462, dichiara irripetibile anche il pagamento fatto per errore. — In applicazione di questi principî il Tribunale della Senna, 17 novembre 1886, *Journ. des faill.*, 1887, 273, ha dichiarato ripetibile il pagamento fatto da un terzo senza la volontà del debitore.

(34) V. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 268; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pagina 462; — **Seuffert**, *Konkursordnung*, pag. 443; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 462; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 617.

(35) Sugli effetti delle obbligazioni naturali, oltre alla *soluti retentio* si disputa tra gli autori. — Vedi, da ultimo, **Polacco**, *Obblig.*, pag. 74 e seg. — Circa la novazione delle obbligazioni naturali risultanti dal concordato, vedi **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 617. — La possibilità di garanzie personali e reali per le obbligazioni naturali sopravviventi al concordato si desume letteralmente dall'art. 843, ult. capov., Cod. comm.

(36) E perciò la giurisprudenza ha ammesso che sia valida l'obbligazione assunta dal debitore dopo il concordato di pagare integralmente uno o più creditori: v. Cass. Roma, 13 febbraio 1885, *Legge*, 1885, I, 723; — A. Firenze, 22 gennaio 1886, *Annali*, 1886, 102; — A. Poitiers, 2 luglio 1872, *Dalloz*, 1872, 2, 166; — Cass., 29 aprile 1873, *Dalloz*, 1873, 1, 287; — Trib. civile Senna, 9 febbraio 1891, *Journ. des faill.*, 1891, 268; — Trib. comm. Marsiglia, 24 ottobre 1893, *Journ. des faill.*, 1894, 462; — Trib. comm., 23 marzo 1889, *Journ. des faill.*, 1889, 397. — Cfr. **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 617; — **Laurent**, *Principes*, XVII, num. 22; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pagg. 462 e 463. — Contro: Trib. Varese, 20 dicembre 1885, *Mon. trib.*, 1886, 282; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, § 277, pag. 225, nota 14.

89. La rinuncia all'azione contenuta nel concordato, è, di regola, definitiva; l'obbligazione, di regola, permane come semplice obbligazione naturale, anche quando sia mutato lo stato di fatto che determinò la rinuncia, anche quando, cioè, sia cessata l'impotenza del debitore a pagare integralmente tutti i suoi debiti ed egli abbia riacquistato un patrimonio sufficiente a soddisfare interamente tutti i suoi creditori (caso c. d. *di ritorno a miglior fortuna*) (37). Qualche

(37) Così dispongono espressamente il Cod. di comm. spagnuolo (art. 918) e argentino (art. 1490). Infatti il motivo che ha determinato la volontà del dichiarante non influisce, di regola, sul negozio giuridico. V. **Chironi**, *Istituz.*, § 69; — **Giorgi**, *Obblig.*, III, num. 437. — Potrebbe solo dubitarsi se al concordato sia applicabile la teoria del **Windscheid**, sulla *presupposizione* (sulla quale vedi **Windscheid**, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; — **Windscheid**, *Pandekten*, §§ 97-100; — **Windscheid**, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, LXXVIII, num. VI, pag. 161 e seg.; — **Gradenwitz**, *Ueber die Begriff der Voraussetzung*, Berlin, 1880; — **Lenel**, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, LXXIV, pag. 218; — **Bekker**, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, § 119; — **Segrè**, *Alcune osservazioni sulla teoria del presupposto*, Milano, 1890 (Estratto dal *Filangieri*); — **Fadda** e **Bensa**, *Note al* **Windscheid**, lib. II, pag. 1037 e seg.). — Infatti nel concordato i creditori rinunziano all'azione nella presupposizione che il patrimonio del debitore sia insufficiente a soddisfare tutti i debiti da cui è gravato; siamo perciò appunto nel caso in cui il **Windscheid**, *Pandekten*, § 97, riconosce presupposizione, perchè anche qui l'autore della dichiarazione “vuole che l'effetto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei rapporti„. E perciò, venuto meno quel determinato stato dei rapporti, vale a dire l'impotenza a pagare del debitore, e tornato questi “a miglior fortuna„, potrebbe dubitarsi se non debba cadere anche tutto il negozio giuridico ed i creditori ritornare nell'esercizio dell'azione per l'intero ammontare dei loro crediti. Ma la formulazione stessa della teoria della presupposizione, quale ci è data dai suoi più autorevoli espositori, ne esclude l'applicabilità al concordato. Nella *presupposizione*, a differenza della *condizione*, chi emette la dichiarazione di volontà non muove dall'*incertezza* della circostanza da cui dipende la dichiarazione, ma parte dalla *certezza* della circostanza medesima. La *certezza* però è sempre *subiettiva:* essa può corrispondere, ma può anche non corrispondere alla *realtà*. Ora se, dopo avvenuta la dichiarazione di volontà, si scopre che la *realtà* non è quale fu percepita dal dichiarante, il presupposto essendo venuto meno, deve venir meno il negozio (**Windscheid**, *Archiv für die civ. Praxis*, LXXVIII, pagina 162 e seg.). — Ma la difformità tra la *verità subiettiva* (certezza) e la *verità obiettiva* (realtà) deve esistere *al momento in cui la dichiarazione di volontà è emessa;* solo allora la dichiarazione di volontà “non corrisponde al vero, proprio volere del dichiarante„ e si può dire che, conoscendo questi il vero stato delle cose, non si sarebbe determinata la volizione (**Windscheid**, *Pan-*

legislazione (per es.: legge belga 29 giugno 1887, art. 25; legge lussemburghese 14 aprile 1886, art. 25) per il concordato preventivo stabilisce espressamente che il creditore riacquista l'azione per l'intero *in caso di ritorno a miglior fortuna;* in questo caso la rinuncia è, per virtù di legge, sottoposta a condizione risolutiva. Ma questa condizione può essere anche stabilita contrattualmente al momento della conclusione del concordato. È una questione di fatto, riservata all'apprezzamento sovrano del giudice di merito, il decidere se le parti abbiano inteso far cessare gli effetti della rinuncia dei creditori nel caso che il patrimonio del debitore ridiventasse atto a sostenere l'integrale pagamento dei vecchi e dei nuovi debiti, sottoponendo così tale rinuncia ad una condizione risolutiva. Per giudicare se la condizione risolutiva fu realmente voluta, occorre penetrare bene addentro all'intenzione dei contraenti; non basta sempre che nel concordato sia inserita la formula: " salvo il ritorno a miglior fortuna ". Questa clausola alcune volte può significare soltanto che il debitore si obbliga, malgrado la rinuncia dei creditori, a pagare l'intiero, *se potrà, se le sue condizioni glie lo permetteranno;* nel qual caso, evidentemente, non si tratta che di una conferma dell'obbligazione naturale sopravvivente al concordato. Altre volte, invece, la clausola può costituire una vera e propria condizione risolutiva; e ciò specialmente quando i contraenti non si limitano ad accennare genericamente alla eventualità del ritorno a miglior fortuna, ma precisano, con sufficiente determinazione, quando il debitore s'intenda ritornato a miglior fortuna. Se questa è l'intenzione dei contraenti, il verificarsi della condizione fa rivivere l'obbligazione come obbligazione civile perfetta (38).

---

dekten, § 97 e nota 2 *a*; — **Bekker**, *Pandektenrecht,* II, pag. 367). — Nel concordato, invece, quando la dichiarazione di volontà è emessa, la verità subiettiva corrisponde alla verità obiettiva: solo che *posteriormente lo stato di fatto muta.* Ma, al momento della perfezione del negozio la volontà essendo perfettamente conforme alla dichiarazione, il negozio si è validamente perfezionato e non è più rescindibile.

(38) Anche la giurisprudenza francese, che si è spesso occupata di questa clausola, ritiene una questione di fatto il decidere se la volontà dei contraenti fu di far venir meno gli effetti della rinuncia per il ritorno a miglior fortuna. V. Cass., 26 gennaio 1874, *Dalloz,* 1875, I, 23; — Cass., 13 dicembre 1875, *Dalloz,* 1875, 1, 417. — È poi molto rigorosa nell'apprezzare la volontà dei con-

90. Il concordato è sempre un contratto *a titolo oneroso* (39). Chi si obbliga nel concordato non si obbliga al solo scopo di arricchire l'altro contraente, ma con l' intenzione di procacciare un vantaggio a sè o ad altri. I creditori che limitano una parte dei loro diritti, lo fanno unicamente per assicurarsi il conseguimento del resto; il debitore che promette garanzie, i fideiussori che intervengono a favore del debitore, vogliono ottenere, alla loro volta, quella parziale limitazione; il terzo che si accolla una parte delle obbligazioni del debitore per salvarne la libertà e l'onore, per conservargli l'industria, è ispirato, bensì, da una idea di pietà e di beneficenza per il debitore, ma rispetto ai creditori si obbliga solo in vista del sacrificio, che questi consentono, di una parte dei loro diritti. Ora, caratteristica del contratto a titolo oneroso, in contrapposto del contratto a titolo gratuito o di beneficenza, è appunto quella che uno almeno dei contraenti (40) si obblighi

---

traenti e nella clausola anzidetta suole vedere piuttosto una semplice conferma dell'obbligazione naturale: v. A. Bordeaux, 14 gennaio 1869, *Sirey*, 1869, 2, 164; — Cass., 1° dicembre 1863, *Dalloz*, 1864, I, 132; — Trib. comm. Senna, 7 maggio 1892, *Journ. des faill.*, 1892, 388; — Trib. comm. Senna, 17 ottobre 1900, *Ann. de droit comm.*, 1901, II, 35; — a meno che dalle determinazioni che l'accompagnano non emerga chiara la volontà di far risorgere l'obbligazione civile: A. Parigi, 10 gennaio 1893, *Journ. des faill.*, 1893, 294. — Sostanzialmente, nel senso del testo, si sono pronunciati: **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 618; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, Paris, 1871, § 297, pag. 8, *sub d)*; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed. (1900), numero 2097. — Il **Laurent**, *Principes*, XVII, num. 21; — e con lui il **Guariglia**, *Concord.*, pag. 270, ritengono, invece, esservi in tutti i casi una obbligazione civile. — Anche l'apprezzare quando vi è ritorno a miglior fortuna è questione di fatto: si suole però richiedere che i beni acquistati dal debitore siano sufficienti non solo per pagare i suoi debiti, ma perchè gli resti il necessario per vivere (il c. d. *beneficium competentiae*). V. **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 618; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 270; — Trib. comm. Senna, 7 maggio 1892, *Journ. des faill.*, 1892, 388; — Trib. comm. Lille, 20 agosto 1894, *Journ. des faill.*, 1896, 278.

(39) È anche un contratto consensuale: V. A. Roma, 19 dicembre 1891, *Dir. comm.*, 1892, 244: " Il concordato si perfeziona col semplice consenso prestato dalle parti avanti il giudice delegato, e con la sottoscrizione del relativo verbale ".

(40) Può essere a titolo oneroso anche il contratto semplicemente unilaterale. Vedi: **Demolombe**, *Corso di Codice civile*, Napoli, 1871, XII, num. 24; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Freiburg, 1894-95, II, § 321, pag. 414; — **Bonfante**, *Istituzioni di diritto romano*, § 127.

per ottenere in cambio un vantaggio patrimoniale a favore suo o di un terzo (41). Malgrado la inesatta formulazione, è giusta, dunque, la dottrina, spesso ribadita dagli autori e dalla giurisprudenza, che il concordato non è una donazione (42). Il concordato non solo non è una donazione, dalla quale si distingue evidentemente per la causa, lo scopo, la forma, il contenuto, ma neppure rientra nella più lata categoria dei contratti di beneficenza o a titolo gratuito (43).

---

(41) Art. 1101 *Codice civile ital.;* — art. 1105 e 1106 *Code civil;* — **Giorgi**, *Obbligazioni*, VIII, num. 26; — **Pothier**, *Obligations*, num. 12; — **Demolombe**, *Corso*, num. 24; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch*, II, e § 321, pag. 414; — **Hasenhörl**, *Das österreichische Obligationenrecht*, 2ª ed., Wien, 1892-99, I, § 25, pag. 352.

(42) **Guariglia**, *Concordato,* pag. 160, num. 11; — **Günther**, *Der Concurs der Glaübiger nach gem. deutschen Rechte*, 2ª ed., Leipzig, 1852, pagg. 16 e 17; — **Biondi**, *Il concordato amichevole*, num. 49, pag. 72; — **Vidari**, *Corso,* IX. num. 8437; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 616 e 658; — A. Venezia, 26 gennaio 1886, *Temi veneta*, 1886, 118: " La convenzione che intercede in forma stragiudiziale tra il debitore ed i suoi creditori e per la quale questi accettano di ricevere una percentuale a soddisfacimento del loro avere, rinunciando al rimanente, ... non è donazione, avvegnachè il creditore deviene al convegno non *sponte sua* e per fare atto di liberalità verso il debitore, mancando una causa che ve lo induca, ma bensì indotto dalle di lui tristi condizioni economiche che non permettono il soddisfacimento totale del suo credito "; — Cass. fr., 4 novembre 1889, *Journal des faillites*, 1890, 5. — Più correttamente parlano non già di donazione, ma di atto di liberalità e di *animus donandi*, aderendo alla dottrina accolta nel testo: **Giorgi**, *Obblig.*, VII, num. 333 e 334; — **Boistel**, *Cours*, num. 1047; — **Bédarride**, *Faillites*, Paris, 1882, II. num. 884, pag. 507; — e ottimamente il **Thaller**, *Traité élémentaire*, 2ª ed., num. 2109, il quale definisce il concordato *un atto a titolo oneroso.* — Per la natura gratuita del concordato, vedi, invece: Trib. civ. di Montbrisson, 16 novembre 1886, *Journal des faillites*, 1887, 275; — **Bolaffio**, *I componimenti amichevoli*, num. 3, ammette la possibilità di un concordato in cui i creditori rinuncino gratuitamente ai loro diritti. — Questo contratto non sarebbe un concordato: v. nota seguente.

(43) Quindi l'onerosità della rinunzia che i creditori fanno di parte dei loro diritti, è essenziale per il concordato. O, in altri termini, il concordato nel quale i creditori rinunzino ad una parte dei loro diritti, senza ottenere in corrispettivo alcun vantaggio dal debitore o da un terzo, non è un concordato, ma un contratto di altra natura. Non può, perciò, essere consentito dalla semplice maggioranza ed il tribunale deve rifiutarne l'omologazione. — V. in questo senso la più recente giurisprudenza: — A. Palermo, 16 gennaio 1894, *Foro*, 1894, I, 342: " Viene meno la ragione del concordato, se per

Il concordato è un contratto *bilaterale*. Questo principio ha bisogno di qualche ulteriore spiegazione.

a) Qualunque sia la specie del concordato e qualunque ne sia il contenuto, questo contratto produce sempre un vincolo giuridico a carico dei creditori.

b) Quanto al debitore, è chiaro che se il concordato non è semplicemente dilatorio o rimessorio, ma oltre al portare concessioni di termini o riduzioni di crediti, ha un contenuto alquanto più complesso; se, per esempio, il debitore si presta a rafforzare il debito con garanzie reali e personali; se costituisce un pegno o un'ipoteca a favore dei creditori; se offre la fideiussione di un terzo; se in cambio di una lunga dilazione, stipula il pagamento di interessi superiori ai legali; o se promette ai creditori altri particolari vantaggi, poichè dal concordato derivano nuovi obblighi a carico del debitore o di terzi, il contratto dovrà dirsi *bilaterale*.

Se invece si tratta di un concordato puramente remissorio o puramente dilatorio, la bilateralità del contratto appare assai meno evidente. Come abbiamo dimostrato a lungo, il concordato non reca alcuna alterazione alla sostanza dei rapporti obbligatori intercedenti fra debitore e creditori; non importa estinzione dei debiti antichi mediante costituzione di un nuovo debito, non produce, cioè, *novazione*. Per conseguenza, le antiche obbligazioni permangono anche dopo il concordato, fondate sulla stessa causa, fornite delle stesse garanzie, forti delle stesse prerogative; il debitore concordatario ripete la causa delle proprie obbligazioni dal titolo costitutivo di ciascun debito e non già dal concordato.

Malgrado ciò, la convinzione comune la quale riconosce il concordato come produttivo di un vincolo a carico del debitore, anzi, principalmente a carico del debitore, non s'inganna. Certo, dal concordato non deriva a carico del debitore una nuova obbligazione perfetta in tutti i suoi elementi che si sovrapponga all'antica e la sostituisca; il concordato è, rispetto al debitore, un contratto privo

esso i creditori non ottengono vantaggi maggiori e più pronti o quanto meno uguali a quelli che potrebbero ripromettersi col proseguire le operazioni del fallimento „. — Trib. Biella, 17 dicembre 1897, *Giur. Torino*, 1898, 55: “ Il concordato deve rappresentare un sacrifizio del fallito rivolto ad assicurare alla massa chirografaria un vantaggio sul ricavo preventivato della liquidazione dell'attivo nella procedura di fallimento: quindi basta il semplice dubbio del contrario per far negare l'omologazione „.

di un contenuto obbligatorio suo specifico; la sua portata giuridica si limita alla *modificazione delle obbligazioni preesistenti.* Ma, appunto per ciò, esso costituisce un *titolo complementare* delle obbligazioni esistenti a carico del debitore, il quale rimane, dopo il concordato, obbligato, bensì, *in forza del titolo originario*, ma *nella misura e con le modalità stipulate nel concordato.* Il concordato, perciò, se non crea nuove obbligazioni, concorre a determinare il contenuto e l'efficacia delle obbligazioni preesistenti, ed in questo senso può dirsi che esso sia costitutivo di obblighi anche per il debitore.

Che nel nostro contratto vi sia una vera determinazione, concordata tra le parti, della portata obbligatoria del vincolo preesistente, e non già una rinunzia puramente unilaterale da parte dei creditori all'esercizio immediato o completo dei loro diritti, è chiaro quando si consideri la natura e l'importanza del concorso del debitore nella conclusione del concordato; egli non si limita alla pura accettazione di una rinunzia di diritti da parte dei creditori, ma da lui parte la proposta di concordato che i creditori sono chiamati a discutere ed accettare. La nostra tesi rimane altresì rafforzata quando si pensi alla modificazione profonda che subisce il diritto di credito quando il debitore cade in istato di fallimento e all'importanza del concordato di fronte a questa modificazione. Lo stato di fallimento del debitore che ha dato luogo o può dar luogo con effetto retroattivo (art. 704 e seg.) al concorso fra i creditori, muta *di fatto* il diritto di credito in un diritto al dividendo; o meglio, rende l'esigibilità e l'ammontare del credito dipendente *soltanto* e *interamente* dalla liquidazione del patrimonio del debitore. Il credito verso un debitore impotente a pagare, sia già avvenuta o sia inevitabile la dichiarazione di fallimento, è un credito il cui valore si deve commisurare unicamente all'entità del patrimonio ed al tempo necessario per liquidarlo; il credito, a dir così, si materializza nel patrimonio e si stacca completamente dalla persona del debitore, il quale non ha nessun obbligo e nessun interesse ad adoperare la sua attività personale o sfruttare le sue relazioni e le sue parentele per soddisfarlo. — Il concordato, invece, rimettendo il debitore alla testa dei suoi affari e rendendogli possibile la continuazione del suo commercio e della sua industria, crea questo interesse e quest'obbligo. Ecco perchè il concordato, il quale pure non costituisce, in senso proprio, obbligazioni nuove, cioè nuovi diritti di credito, crea però nel debitore nuovi obblighi; e, precisamente,

l'obbligo di adoperare la sua attività, la sua esperienza negli affari, il credito che gli possono procurare le sue relazioni domestiche e sociali per soddisfare quella parte di diritti al cui esercizio i creditori non hanno rinunciato.

Un ultimo argomento a favore della bilateralità del concordato si può desumere da un confronto con la transazione, istituto — come vedremo — di natura affatto analoga al nostro. Nessuno dubita che la transazione sia un contratto *bilaterale,* da cui derivano cioè obblighi a carico di ambedue le parti (44); eppure anche concordemente si afferma che la transazione ha carattere *dichiarativo* e non *costitutivo;* che per essa si riconoscono diritti preesistenti, non si creano diritti nuovi (45). La ragione di questa dottrina sta in ciò: che l'obbligo nascente per ambedue le parti nella transazione, è quello di non far valere le pretese a cui reciprocamente hanno rinunziato. Qualche cosa di analogo avviene nel concordato; dove, sebbene permangano nella loro base le antiche obbligazioni, il creditore si obbliga a non esercitare parzialmente il diritto e il debitore si obbliga, per il resto, a soddisfare *spontaneamente,* appena rimesso alla testa dei suoi affari, i suoi debiti nella misura e nel modo stabiliti nel concordato (46). Abbiamo veduto, infatti, che il concor-

---

(44) **Guillouard**, *Traité du cautionnement et des transactions*, Paris, 1894, num. 7; — **Pont**, *Petits contrats*, II, num. 672; — **Aubry** e **Rau**, *Droit civil*, IV, § 418, pag. 656; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch d. franz. Civilr.*, II, § 398, pag. 703; — **Windscheid**, *Pandekten*, § 413; — **Troplong**, *Du mandat, du cautionnement et des transactions*, Bruxelles, 1845, sull'art. 2044, pag. 157, num. 4; — **Cosack**, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, § 160, pag. 587.

(45) **Zachariä-Crome**, *Handbuch*, II, § 401, pag. 709; — **Aubry** e **Rau**, *Droit civil*, IV, § 421, pag. 668, *sub* 3; — **Troplong**, *Du mandat*, ecc., num. 7-10; — **Pont**, *Petits contrats*, II, num. 636 e seg.; — **Windscheid**, *Pandekten*, § 413; — **Förster-Eccius**, *Preussisches Privatrecht*, 7ª ed., I, Berlin, 1896, § 103, pag. 698, nota 2, e 701, testo e nota 16. Come nel concordato, così nella transazione, vi è costituzione di diritti quando il corrispettivo di una rinunzia è la costituzione del rinunziante di un diritto estraneo alla *res dubia* oggetto della transazione. V. **Cosack**, *Lehrbuch*, pag. 587, *sub* IV, 3; — **Windscheid**, *Pandekten*, § 413.

(46) Per la bilateralità del concordato si è pronunciata la dottrina e la giurisprudenza più autorevole: vedi **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8438; — **Lanni**, *Filangieri*, 1891, pag. 389; — Cass. Roma, 13 luglio 1892, *Legge*, 1892, VI, 362; — A. Torino, 25 novembre 1893, *Temi genovese*, 1894, 59. — Contr. Trib. Genova, 15 novembre 1893, *Temi genovese*, 1893, 731; — A. Genova, 19 ottobre 1891, *Dir. comm.*, 1892, 122.

dato non estingue punto i diritti di credito preesistenti, ma ne limita solo l'esercizio, creando a favore del debitore un *ius exceptionis* (47).

91. Dall'essere il concordato un contratto a titolo oneroso derivano alcune importanti conseguenze:

a) Non è necessario che esso sia stipulato con le forme richieste per le donazioni (art. 1056 Cod. civ.), nè è soggetto alle cause di revoca degli art. 1081 e 1083 Cod. civ. Questa conseguenza, poco importante riguardo al concordato di fallimento per cui la legge predispone una forma speciale (art. 831-836 Codice comm.) e di cui determina tassativamente le cause di annullamento (art. 842 Cod. comm.), lo è, invece, per il concordato amichevole il quale — come vedremo — è regolato dalle norme del diritto comune sulle obbligazioni e sui contratti.

b) Nón è soggetto alle norme speciali della revoca per frode degli atti a titolo gratuito (art. 1235 Cod. civ.) nè all'azione di nullità dell'art. 707, n. 1 Cod. comm. — Questa conseguenza è molto importante per il concordato amichevole.

c) Non importa per il debitore obbligo di collazione (art. 991 e 1001 Cod. civ.). — Come è noto, l'erede *discendente* ha l'obbligo, nel venire con altri discendenti alla successione dell'ascendente comune, di conferire nella massa ereditaria i beni avuti dal defunto mediante atto di liberalità tra vivi (art. 1001 Cod. civ.), e l'erede, *qualunque esso sia*, ha l'obbligo di soddisfare o in natura o mediante imputazione alla propria quota ereditaria i debiti contratti verso il defunto o verso l'eredità (art. 991 in fine Cod. civ.). Che il discendente erede non sia tenuto a conferire a titolo di collazione di donazioni le somme ridotte mediante il concordato stipulato con l'ascendente, è ammesso generalmente da tutti (48); non si può parlare di collazioni di donazioni, il concordato essendo un atto a titolo oneroso e non gratuito. Il dubbio è sorto piuttosto riguardo

---

(47) **Unger**, nella **Grunhut'**s *Zeitschrift für privat und öffentlichen Recht der Gegenwart*, XV, pag. 561.

(48) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 627; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de dr. civ.*, VI, § 631, pag. 627, nota 23; — **Thaller**, *Traité élémentaire*, 2ª ed., num. 2101; — **Vidari**, *Corso*, IV, num. 8565; — **Labbé**, *Sur le rapport des dettes*, nella *Revue pratique de droit français*, VII (1859), pag. 488; — **Guariglia**, *Concordato*, pag. 271; — **Cuzzeri**, *Commento*, num. 940.

alla collazione dei debiti. Si è voluto affermare da alcuno l'obbligo della collazione sulla considerazione che, sebbene il debito dell'erede sia estinto, pur nondimeno, egli ha ricevuto dal defunto un valore, e l'eguaglianza esige che gli altri coeredi ricevano un valore uguale; si è aggiunto che ad ogni modo dopo il concordato il debito persiste come obbligazione naturale; e che, obbligando l'erede a soddisfarlo mediante la collazione, egli non viene privato di nessun bene, solo viene diminuita la sua quota nella successione del creditore (49). Ma con questa dottrina si disconosce del tutto l'effetto del concordato; si trasforma da naturale in civile, cioè, direttamente coercibile, l'obbligazione ad esso sopravvivente: si giunge alla esorbitante conclusione di obbligare l'erede concordatario alla collazione del debito, anche per la porzione che possa eventualmente eccedere la sua quota ereditaria. — Di fronte a queste teorie troppo assolute, altri autori ed altre sentenze hanno preferito una soluzione intermedia: l'obbligo della collazione si è negato quando il credito fu concesso dal defunto nel suo proprio interesse, e perciò, il debito dell'erede verso di lui risulta da un atto a titolo oneroso; si è, invece, ammesso quando il debito proviene da un atto di liberalità del *de cuius*, per esempio: da un mutuo senza interesse, da una garanzia prestata da lui per conto dell'erede (50). Ma anche questa soluzione è inaccettabile; non si può parlare di collazione di debiti per la parte rimessa nel concordato, perchè se il debito fu realmente contratto, e non copriva una donazione mascherata, è irrilevante che esso provenisse da un atto a titolo gratuito o a titolo oneroso; siamo sempre di fronte ad un debito

---

(49) **Labbé**, nella *Revue pratique*, pag. 487 e seg.; — **Pothier**, *Successions*, cap. IV, art. 2, § 2; — **Merlin**, *Répertoire*, voce *Rapports à successions*, § 3, num. 16; — **Duranton**, *Droit civil*, VII, num. 310; — A. Bordeaux, 16 agosto 1870, *Dalloz*, 1871, 2, 235; — Trib. civ., Montbrisson, 10 nov. 1889, *Journal des faillites*, 1887, 275.

(50) In questo senso è la giurisprudenza oramai prevalente in Francia: v. Cass., 22 agosto 1843, *Dalloz*, 1843, 1, 491; — A. Parigi, 3 febbraio 1848, *Sirey*, 1848, 2, 121; — Cass., 17 aprile 1850, *Sirey*, 1850, 1, 510; — Cass., 4 novembre 1889, *Journal des faillites*, 1890, 5. — Fra gli autori, vedi pure in questo senso: **Pont**, *Revue de législation et jurisprudence*, 1844, pag. 610 e seg.; — **Demante**, *Cours analytique de Code Napoléon*, III, num. 187 *bis*; — **Demolombe**, *Droit civil*, XVI, num. 384; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, VI, § 631, pag. 627, nota 23; — **Thaller**, *Traité élémentaire*, 2ª ed., num. 2101; — **Boistel**, *Cours*, num. 1048.

validamente ridotto nel concordato e per cui, riguardo alla parte rimessa, il debitore non è più obbligato civilmente. — Non si può parlare neanche di collazione di donazioni, sempre nella ipotesi che non si tratti di un debito simulato (51), perchè, ad ogni modo, la liberalità di cui l'erede ha beneficiato non consiste nelle somme che egli ha ricevuto, o che il creditore ha pagato per lui, giacchè egli le ha ricevute e si è avvantaggiato del pagamento, ma si è obbligato però a restituirle. — In definitiva la liberalità ha consistito solo in ciò che *questo servizio gli è stato reso senza alcuno speciale corrispettivo.* Al più, adunque, egli potrà essere costretto a conferire il vantaggio che ha ricevuto dall'*uso gratuito del credito;* non già anche ciò che gli fu rimesso nel concordato per necessità e non per liberalità. Se ad es. gli furono date a mutuo 100,000 lire senza interesse, egli non dovrà certo conferire le 50,000 che possono essergli state rimesse nel concordato; ma al più l'interesse che avrebbe dovuto se non ha pagato per liberalità del mutuante; solo nella mancata stipulazione di interesse, e non già nella mutuazione del capitale, consiste la liberalità (52).

d) I fideiussori e coobbligati rimangono tenuti per l'intero, malgrado il concordato (art. 792 Cod. comm.) (53). Questa conseguenza, vera — come vedremo — tanto per il concordato obbligatorio quanto per il concordato amichevole, deriva anche da ciò che il concordato non estingue le obbligazioni, ma crea una semplice eccezione personale a favore del solo debitore concordatario (54).

(51) Se il debito maschera una donazione, *nulla quaestio:* la collazione sarà dovuta. Noi partiamo dall'ipotesi che il debito sia vero e non simulato. Vedi **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 627.

(52) Ritengono, col testo, non dovuta la collazione: **Renouard**, *Traité des faillites et banq.*, II, pag. 119; — **Bravard** e **Demangeat**, *Droit commercial*, V, pag. 446 e nota 2; — **Laurin**, *Cours élémentaire de droit commercial*, num. 1139; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 627; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8565; — **Guariglia**, *Concordato*, pag. 271.

(53) Lo stesso principio è sancito espressamente da parecchie legislazioni straniere: Cod. comm. francese (modificato dalla legge del 1838), art. 545; — Cod. argentino, art. 1478; — Ordinanza germanica, § 193; — Legge belga, art. 541; — Ordinanza austriaca, art. 224. — Altre legislazioni (es.: Legge svizzera, art. 303; — Codice chileno, art. 1481) liberano i condebitori e fideiussori dei creditori aderenti al concordato e mantengono integri i diritti dei non aderenti.

(54) Vedi in seguito una più ampia trattazione di questa importante norma.

92. L'analisi da noi fatta dei caratteri e della portata giuridica del concordato, ci rende relativamente agevole il risolvere una questione assai importante per la sistemazione dogmatica del nostro contratto. Si è domandato più volte se il concordato debba ritenersi un contratto completamente *sui generis* o se, nelle varie categorie contrattuali, conosciute dal diritto comune, ve ne sia alcuna di cui il concordato si possa considerare come una specie. Specie particolare, s'intende, vuoi per l'oggetto, lo scopo e la condizione giuridica dei contraenti, e vuoi anche pel fatto che la legge lo ha, almeno nella più importante figura del concordato obbligatorio, dotato di una apposita disciplina giuridica nel libro III del Codice di commercio. Uno solo però dei contratti di diritto comune per la grande varietà delle sue forme e del suo contenuto, si potrebbe considerare come il genere prossimo della specie concordato: vale a dire la *transazione*. Questa ricerca, il cui interesse dogmatico non è contestabile, ha qualche importanza anche per le conseguenze pratiche di cui può essere feconda. Conseguenze relativamente di poco rilievo per il concordato obbligatorio, il quale — secondo la giusta osservazione del SEUFFERT (55) — trova nella legge una disciplina giuridica che può dirsi completa, ma di maggiore importanza per il concordato amichevole, il quale, specie se stipulato all' infuori del fallimento e della moratoria, cade completamente sotto l'imperio del diritto comune.

La maggioranza degli autori è riluttante a far rientrare il concordato nella categoria giuridica delle transazioni (56): alquanto

(55) **Seuffert**, *Deutsches Konkursprozessrecht*, pag. 409.

(56) Negano al concordato il carattere di una transazione: **Salvia**, nel *Filangieri*, 1885, pag. 671; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8437; — **Guariglia**, *Concordato*, pag. 160; — **Biondi**, *Concordato amichevole*, pag. 71; — **Grillo**, nel *Foro italiano*, 1877, 740; — **Oetker**, *Konkursrechtliche Fragen*, Rostock, 1888, pag. 38; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 387; — **Petersen** e **Kleinfeller**, *Konkursordnung*, pag. 488, num. 3; — **Günther**, *Der Concurs der Gläubiger nach gemeinem deutschen Rechte*, 2ª ed., Leipzig, 1852, pag. 16; — lo riconoscono invece: **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur*, pag. 56; — **Cavo**, *Il concordato*. num. 3; — **Giorgi**, nel *Foro italiano*, 1891, 413; — **Wach**, *Der Zwangsvergleich*, pag. 80 e seg.; — **Bekker**, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, pag. 261, nota *d* e pag. 266; — **Windscheid**, *Pandekten*, § 413, nota 6, *a*; — **Schwarz**, *Oesterreichische Concursrecht*, I, pag. 239; — **Fourcade**, *Des faillites non déclarées*, Lyon, 1889, num. 31; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 409, giustamente osserva che tutto dipende dal concetto che si ha della transazione.

più propensa sembra invece la giurisprudenza (57). Si nega di solito al concordato il carattere di transazione perchè la transazione presuppone sempre una *res dubia* che ne formi oggetto, mentre nel concordato i diritti dei contraenti sono ben determinati e fuori di contestazione (58).

A noi sembra che la questione, pur così praticamente e teoricamente interessante, non sia stata in genere approfondita a sufficienza. — Da un lato, l'affermazione che nel concordato manchi la *res dubia*, non ci sembra del tutto evidente: dall'altro pensiamo si potrebbe dubitare se nel nostro contratto non manchi qualche altro elemento essenziale della transazione.

Gli elementi costitutivi della transazione, oltre al consenso comune a tutti i contratti, sono: *a)* una *res dubia* fra le parti; *b)* delle concessioni reciproche che si fanno le parti allo scopo di rimuovere tale incertezza.

Quanto al primo elemento, non ostante le autorevoli affermazioni in contrario noi crediamo che si riscontri nel nostro contratto. — Dei due concetti che si hanno della transazione — uno più ristretto, che lo vorrebbe considerare un istituto di carattere processuale, come un mezzo per porre fine alle controversie giudiziarie, da collocarsi nella parte generale del sistema accanto alla sentenza (59); — ed uno più ampio che lo ritiene un contratto diretto a regolare rapporti giuridici comunque incerti (60): il nostro legislatore ha chiaramente dimostrato di volersi accostare al secondo.

---

(57) A. Genova, 14 febbraio 1877, *Foro*, 1877, 779; — A. Genova, 6 giugno 1893, *Giurista*, 1893, 280; — Trib. Firenze, 14 dicembre 1885, *Dir. comm.*, IV, 360; — A. Torino, 18 luglio 1887, *Foro*, 1887, 1230; — A. Catania, 16 maggio 1892, *Foro catanese*, 1892, 97. — Contr. Cass. Roma, 23 maggio 1891, *Foro*, 1891, I, 654, e 13 luglio 1892, *Legge*, 1892, II, 362; — Cass. Roma, 5 ottobre 1899, *Giurisprudenza italiana*, 1899, 965.

(58) Vedi gli autori citati a nota 56.

(59) Vedi: **Sturm**, *Die Lehre vom Vergleich nach gemeinen und Preussischen Rechte*, Berlin, 1889, pag. 1 e seg.; — **Hereld**, nella *Grunhut's Zeitschrift*, XV, pag. 694 e seg.; — **Risch**, *Die Lehre vom Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses*, Erlangen, 1855, pag. 12 e seg.

(60) " L'incertezza — dice il **Windscheid**, *Pandekten*, § 413, — può aver la sua causa — ed è questo il caso principale — nella contestazione della ragione: ma anche in ciò che sia incerta l'esistenza futura, o l'estensione, o la realizzabilità della ragione ". — Questo concetto della transazione è ormai dominante: vedi: **Bekker**, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, § 110, pag. 261; —

Esso ha definito la transazione (art. 1764) come un contratto che ha per iscopo non solo di troncare controversie già sôrte, ma anche di prevenire contestazioni future. Ora, se il concetto del legislatore fu questo appunto di comprendere nella categoria delle transazioni tutti quei contratti in cui si definiscono mediante concessioni reciproche rapporti giuridici incerti (61), è evidente che la incertezza deve potersi riferire non soltanto alla *esistenza* del diritto, ma anche alla sua *realizzabilità* (62). E giustamente, perchè un diritto non contestato nella sua esistenza può, nel procedimento

---

Baron, *Pandekten*, § 101, pag. 206; — **Wächter**, *Pandekten*, II, § 195; — **Förster-Eccius**, *Lehrbuch d. Preuss. Privatrechts*, I, § 103; — **Arndts-Serafini**, *Pandette*, II, § 269, nota 2; — **Hasenhörl**, *Das österreichische Obligationenrecht*, II, § 82, *sub* 1, pag. 307 e seg.

(61) Vedi in questo senso i commentatori del *Code civil* e del Codice civile italiano: **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Freiburg, 1894, II, § 398, pag. 702: " Der Vergleich ist ein Vertrag, durch welchen die Parteien einen unter ihnen *streitiges oder ungewisser Rechtsverhaltniss in der Weise regeln*, dass beide Parteien etwas geben oder aufgeben "; — **Troplong**. *Du mandat, du cautionnement et des transactions*, Bruxelles, 1846, art. 2044, num. 4, pag. 157: " La transaction peut se définir ainsi: un contrat synallagmatique par lequel le consentement des parties termine, moyennant quelque chose que l'on promet, que l'on donne ou que l'on retient, *une affaire douteuse* ou un procès incertain ". — **Pacifici-Mazzoni**, *Istituzioni*, 3ª ed., num. 241: " Del resto per regola generale può transigersi sopra qualunque specie di diritti dubbiosi ".

(62) Questo concetto della transazione si trova specialmente negli autori di diritto comune (V. **Urceolus**, *De transactionibus*, Lugduni, 1687, *quaestio* 46, num. 39, pag. 187: " *Denique si fieret transactio per modum divisionis vel pacis post rem judicatam haec pariter valeret* "); e i moderni pandettisti tedeschi: v. **Windscheid**, *Pandekten*, § 413 e nota 6 *a*; § 314, nota 9; — **Bekker**, *System d. heut. P. R.*, II, § 110, pag. 261, nota *d*; — **Baron**, *Pandekten*, § 101, pag. 206; — **Wächter**, *Pandekten*, II, § 195, pagg. 421 e 422, *sub c)*, III, 1. — Era questo pure il concetto del diritto romano. V. **Bertolini**, *Della transazione*, Torino, 1900, pag. 23 e seg. — Vedi pure nel senso del testo: **Thibaut**, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, IX, pag. 393 e seg.; — **Goldschmidt**, *ibidem*, IX, pag. 76 e seg.; — **Förster-Eccius**, *Preussisches Privatrecht*, I, § 103, pagg. 698 e 699, ed esplicitamente il Codice civile germanico, § 779: " Un contratto, col quale la controversia o l'incertezza delle parti intorno ad un rapporto giuridico viene eliminata mediante reciproche concessioni (transazione), è inefficace se lo stato delle cose dato come sussistente secondo il tenore del contratto non risponde alla realtà e la controversia o l'incertezza non sarebbe sôrta, se si fosse conosciuto lo stato delle cose. — *All'incertezza intorno ad un rapporto giuridico è equiparato l'essere incerta la realizzazione di un diritto* ".

esecutivo, incontrare tali e tanti ostacoli alla sua realizzabilità, da rimanere praticamente annullato; al diritto incontroverso del creditore di ottenere il soddisfacimento del suo credito sul patrimonio del debitore, questi, o un terzo, può opporre un altro diritto sul patrimonio pure incontestato e tale da rendere impossibile quel soddisfacimento; o anche, per insufficienza o inesistenza di un patrimonio capace di esecuzione forzata, può il diritto di credito rimanere in tutto o in parte insoddisfatto: mentre col concorso attivo dell'opera personale del debitore, il soddisfacimento potrebbe avvenire o interamente o in una misura maggiore. Per noi dunque sono vere transazioni gli accordi delle parti diretti a porre fine o ad evitare la procedura di esecuzione. A questo concetto più ampio rispondente allo spirito dell'art. 1764, non si oppone la lettera di quella disposizione legislativa che accenna appunto a *lite sorta* o *che può sorgere.* Lo stadio esecutivo del procedimento, ultima fase del duello giudiziario, in cui il vinto cerca con ogni astuzia di evitare le conseguenze della disfatta, è sempre così gravido di incidenti, da non sembrare immeritevole dell'appellativo di *lite,* che sarebbe normalmente più proprio della procedura di dichiarazione. A ciò si aggiunga che non è per nulla necessario dare alla enumerazione delle due ipotesi dall'art. 1764: *prevenire una lite che può sorgere; por fine ad una lite già sorta,* un valore strettamente tassativo; ma è, invece, ragionevole ritenere che il legislatore abbia voluto, per via di esemplificazione, affermare il concetto che può costituire oggetto della transazione la definizione di un rapporto giuridico comunque incerto. — Nè basta. Chi nega il carattere di transazione all'accordo diretto a por fine o ad evitare un procedimento esecutivo, perchè la concessione fatta a questo scopo da chi avrebbe pure il diritto di procedere esecutivamente per l'intero non ha corrispettivo, viene ad affermare che questa concessione è una donazione: ciò che evidentemente è falso, perchè non agisce con animo di beneficare il proprio debitore chi si accontenta di rinunziare ad una parte dei proprii diritti, sia pure, incontrovertibilmente accertati, per ottenere prontamente e sicuramente la realizzazione del resto. — Infine, non fa ostacolo alla nostra dottrina la nullità sancita dalla legge della transazione *post rem judicatam* (art. 1776), ma ne costituisce, anzi, una conferma, quella nullità essendo comminata solo nel caso in cui le parti abbiano ignorato la cosa giudicata; con che non si esclude che possa alcuna

volta darsi vera transazione, quando le parti, conoscendo la cosa giudicata, vollero tuttavia transigere. E se così è, a quale altra ipotesi ha potuto riferirsi il legislatore, se non a quella di incertezza sulla eseguibilità della sentenza?

Questo più ampio concetto della transazione risponde assai meglio alla realtà delle cose: alla quale si contradice nel modo più manifesto affermando che non vi è transazione, ma semplice rimessione unilaterale, cioè donazione, nel contratto del creditore, il quale, dinanzi alle difficoltà di una procedura esecutiva lunga e di incerto risultato, preferisce accettare dal debitore il tanto per 100 o la promessa di un pagamento spontaneo rateale. — Ora, questo è appunto il caso. — Sia pure che i diritti dei singoli creditori sono accertati nella loro sussistenza giuridica; ma il mantenimento della uguaglianza sulla base della esecuzione collettiva, dà luogo ad una limitazione reciproca dei varî diritti creditorii: limitazione la cui portata è attualmente incerta e che verrà determinata dall'esito della liquidazione. Questa limitazione è particolarmente grave per i creditori chirografari di fronte ai privilegiati ed ipotecari, ma quando il patrimonio sia insufficiente, o difficilmente liquidabile, può risultare notevole anche per la concorrenza fra i creditori semplicemente chirografari. Togliere di mezzo questa incertezza, precisare fin d'ora i diritti di ognuno, significa non solo porre termine al procedimento esecutivo concursuale contro il debitore, ma far cessare o evitare le controversie fra i varî creditori per la determinazione dei loro diritti rispettivi sul pegno comune.

Gli autori generalmente si fermano a contestare nel concordato il primo elemento della transazione: la *res dubia*. Del secondo elemento: l'esistenza di concessioni reciproche, di solito si tace. Solo l'Oetker lo nega esplicitamente: " Anche l'esistenza di una concessione reciproca, che è essenziale per la transazione, nel concordato non è richiesta necessariamente. Non si deve contestare la possibilità legale della conclusione di un concordato contrario agli interessi dei creditori, che rechi loro soltanto danno. Se un accordo è concluso al 20 per 100, mentre la massa sarebbe capace di dare comodamente il 50 per 100, non si potrebbe parlare di una concessione da parte del debitore. In questo caso si dovrebbe parlare piuttosto di una donazione che di una transazione " (63).

---

(63) **Oetker**, *Konkursrechtliche Fragen*, pag. 39.

Noi osserviamo che, intanto, l'esistenza di concessioni reciproche non può essere seriamente messa in dubbio in tutti quei concordati in cui vi è costituzione di nuovi diritti da parte del debitore o di terzi intervenuti per lui, costituzione di garanzie reali o personali, promessa di interessi maggiori, ecc. In questi casi, OETKER stesso non nega che il secondo elemento della transazione si riscontrerebbe: ma si affretta ad aggiungere che questa è, secondo l'ordinanza germanica, la *regola*, ma potendo esservi casi in cui tali nuovi diritti non vengono affatto costituiti, manca anche per questo verso ogni possibilità di riconoscere nel concordato una transazione nel senso giuridico (64). Ora è appunto nell'ipotesi, per quanto meno frequente, pur sempre possibile, di concordato concluso senza nessuna costituzione di garanzie o stipulazione di particolari vantaggi a favore dei creditori, che il dubbio può sorgere. E legittimamente, poichè, almeno in apparenza, non c'è sacrificio da parte del debitore, quando i creditori si acconciano ad una diminuzione dei loro diritti senza il corrispettivo di un vantaggio particolare. Ma le cose dette intorno alla natura del contratto ci provano che, per quanto a prima vista possa non apparire, anche nei concordati di tal genere, un sacrificio da parte del debitore c'è. Già notammo che il concordato è un contratto a titolo oneroso: in cui, perciò, il sacrificio che i creditori fanno di parte dei loro diritti deve trovare un corrispettivo in un corrispondente vantaggio che essi ottengono dal debitore. Quale sia questo vantaggio e quale, conseguentemente, l'onere che il debitore si addossa, vedemmo parlando della *bilateralità* del concordato. Per rendersi conto di ciò che il debitore concede nel concordato, bisogna aver riguardo non già alla condizione *di diritto* in cui si trova il debitore dopo il concordato — la quale sarà quasi sempre migliorata per le rinunzie dei creditori — ma alla sua posizione *di fatto*. Il diritto che l'ordinamento giuridico riconosce al creditore resta, se non in tutto, almeno in parte, nel campo delle mere astrazioni, se il patrimonio del debitore è insufficiente a far fronte a tutti i debiti. E corrispondentemente, l'obbligo del debitore è, in questo caso, *praticamente* annullato. È vero, che, anche compiuta la liquidazione ed eseguita la ripartizione dell'attivo, egli resta tuttavia obbligato per la parte di credito non soddisfatta (Cod. comm., art. 815): di tal che, qua-

(64) Oetker, *Konkursrechtl. Fragen*, pag. 39.

lunque cosa egli acquisti, egli l'acquista pei creditori; ma, nella pratica, quante vie per ridurre a lettera morta quella disposizione legislativa! Il caso di creditori i quali, dopo la ripartizione dell'attivo e la chiusura della procedura di fallimento, riescono a ricuperare anche parzialmente ciò che hanno perduto nel fallimento è di una rarità più che eccezionale. Chiusa la procedura di fallimento, chi ha perduto ha perduto: e l'affare, in pratica, si considera definitivamente liquidato. Ora, se, col concordato, il debitore paga una percentuale superiore a quella che i creditori avrebbero ricavato dalla liquidazione, o paga in un tempo minore di quello che sarebbe stato necessario per la liquidazione, chi potrà negare che egli dia di più di quanto avrebbe potuto dare? Il sacrificio sarà, è vero, per lui, fonte di vantaggi rilevantissimi; non importa: il sacrificio, c'è: c'è, quindi, la reciprocità delle concessioni richiesta per l'esistenza della transazione.

Noi, adunque, non abbiamo difficoltà a riconoscere che il concordato appartiene alla grande famiglia delle transazioni, di cui, però, costituisce una specie affatto particolare per le seguenti caratteristiche:

a) Quanto al concordato obbligatorio, perchè esso è regolato interamente dalla legge con norme particolari dipendenti dalla natura pubblicistica del procedimento a cui esso mette fine;

b) Quanto al concordato amichevole, perchè esso è diretto ad evitare un procedimento collettivo di esecuzione, ed è stipulato non tra due parti soltanto, ma da tutti i creditori tra di loro e col debitore.

93. La pluralità dei contraenti nel concordato ha fatto nascere il dubbio, se esso sia un contratto unico o una figura giuridica complessa risultante da altrettanti contratti quanti sono i creditori contraenti. La unicità del contratto viene di solito negata più facilmente nel concordato amichevole: ma qualche autore riscontra una pluralità di contratti anche nel concordato obbligatorio. Si è osservato che possono bensì più persone da una parte o dall'altra stipulare un unico contratto ed assumere un'unica obbligazione, come avviene nel caso della solidalità attiva o passiva; ma occorre che sia unico l'oggetto della prestazione; mentre invece nel concordato più sono le prestazioni, più le obbligazioni, e perciò più le volontà ed i contratti. Non basta, si è aggiunto, per desumerne la

unità del contratto, ricordare che nel concordato si ha un unico creditore di fronte a più debitori; che unica è l'offerta fatta dal debitore; che le dichiarazioni di volontà dei creditori risultano da un unico atto; che l'omologazione è *unica* per tutti i contraenti; che la legge stessa chiama il negozio giuridico coll'unico nome di concordato. Tutto ciò — si dice — concerne la forma, e non la sostanza: ciò che importa è il *contenuto* dell'accordo. Ora il contenuto del concordato è la sorte delle singole obbligazioni dei creditori, le quali sono completamente indipendenti l'una dall'altra e di comune hanno solo questo: che sono fatte valere insieme nello stesso procedimento. Queste obbligazioni restano indipendenti anche dopo il concordato, giacchè mediante il concordato non si fa che recare un mutamento ad ognuna delle antiche obbligazioni. Ognuno dei creditori non può disporre che dei proprii diritti, e non può contrattare che per sè; vi è perciò pluralità di oggetti e quindi pluralità di volontà e di contratti (65). Tutto questo, per il concordato obbligatorio. Per quello amichevole, si sono addotte anche altre ragioni. Si è detto che nel concordato amichevole non è necessario che a tutti i creditori sia fatta una condizione uguale: ma il contenuto degli accordi può essere, invece, diverso per ogni creditore; che, mancando l'omogeneità dell'oggetto dei varî accordi, non possono questi considerarsi come un contratto unico (66). Si è aggiunto che il concordato amichevole non si contratta tra il debitore ed i creditori riuniti in massa, come avviene nel concordato obbligatorio, ma tra il debitore da una parte ed i singoli creditori, da ogni vincolo sciolti, dall'altra (67). Si è osservato, infine, che non basta a dare al concordato amichevole carattere di unicità il fatto, tutto formale ed estrinseco, che esso viene talvolta stipulato in un atto unico (68), e neppure il fatto che i varî contratti da cui esso risulta abbiano fra di loro la nota comune di risolversi tutti, non in una rimessione pura e semplice, ma in una specie particolare di rinunzia a titolo oneroso (69).

Dissento recisamente da questa dottrina, la quale, in sostanza,

---

(65) **Löhr**, *Ueber die rechtliche Natur*, pagg. 57-61.
(66) **Salvia**, nel *Filangieri*, 1885, pagg. 669-671.
(67) **Guariglia**, *Concordato*, pag. 118.
(68) **Guariglia**, *Concordato*, pag. 120, nota.
(69) **Salvia**, nel *Filangieri*, 1885, pagg. 672-674.

confonde *l'unicità del contratto* con *l'unicità della obbligazione*. Che dal concordato nascano più obbligazioni, anzi, almeno altrettante obbligazioni quanti sono i creditori, è certo: non essendovi una prestazione unica, non si può parlare di obbligazione correale. Ma dalla *pluralità delle obbligazioni* è inesatto inferire la *pluralità dei contratti*. Anche all'infuori dell'ipotesi della correalità, può un unico contratto essere stipulato tra molti contraenti e dar luogo, perciò, a più obbligazioni. Perchè il contratto sia unico, basta che vi sia un terreno comune in cui la volontà dei varî contraenti possa incontrarsi, una zona neutra su cui queste volontà possano tutte convergere; e che tra le manifestazioni di volontà di ciascuno dei varî contraenti, esista un nesso, una relazione reciproca. Quello che decide dell'unicità del contratto, non è l'unicità dell'obbligazione che ne deriva (chè anzi spesso da un solo contratto derivano più obbligazioni), ma l'unicità dell'obietto del consenso. Questo è appunto il caso del concordato. L'*idem placitum*, il punto comune nel quale convergono le volontà dei varî contraenti, è la rinunzia dei creditori all'esercizio di parte dei loro diritti: il nesso fra le varie manifestazioni di volontà consiste in ciò, che la rinunzia di ciascuno dei creditori in tanto è voluta, in quanto è voluta la rinunzia degli altri. Or questa correlazione tra le varie manifestazioni di volontà è essenziale nel concordato. Nel concordato obbligatorio essa è evidente, perchè la deliberazione della maggioranza dei creditori riuniti in assemblea (organo della volontà collettiva dei creditori partecipanti alla comunione) è l'espressione degli interessi collettivi e la risultante delle singole manifestazioni individuali di volontà. Ma anche nel concordato amichevole quella correlazione è necessaria: isolate rimessioni di alcuni creditori, l'uno ignaro dell'altro, non costituiscono concordato neppure amichevole, per il quale occorre sempre che i sacrifici siano comuni, se non a tutti, almeno alla parte più importante dei creditori; che siano fatti da ciascuno di essi con la conoscenza e nella presupposizione delle rinunzie degli altri, e per l'intento comune di far cessare lo stato di fallimento del debitore (70). L'*oggetto del consenso*, il punto, cioè, in cui convergono le varie manifestazioni di volontà è unico nel concordato: ed è la *rinunzia dei creditori a parte dei loro diritti per far cessare* lo stato di fallimento del

---

(70) Vedi in seguito, num. 100 e 101.

debitore. Ciò basta a dare unicità al contratto, come basta a rendere unico il contratto di società la *messa in comune di qualche cosa per dividerne i guadagni che ne potranno derivare,* benchè dal contratto nascano, a carico di ciascuno dei soci, diverse obbligazioni verso i consoci e verso i terzi, secondo la natura e la quantità delle cose promesse; come basta a rendere unica la transazione che avviene tra più persone, le quali vantino diritti sulla stessa cosa, *la rinunzia reciproca e l'acquisto reciproco di diritti.*

Queste considerazioni bastano, ci sembra, a vincere non solo le deboli obiezioni del Löhr contro l'unicità contrattuale del concordato obbligatorio, ma anche quelle meno inconsistenti mosse in Italia contro l'unicità del contratto nel concordato amichevole. Se nel concordato amichevole i creditori non siano riuniti in massa, ciò non significa che non vi sia nessuna correlazione tra le varie rinunzie dei creditori: se è lecito in esso pattuire condizioni diverse coi diversi creditori, ciò non toglie che vi sia il terreno comune, l'*idem placitum* in cui convergono le volontà dei varî creditori: il qual terreno è la *rinunzia sia pure ineguale e non proporzionale dei creditori a parte dei loro diritti per lo scopo comune di evitare la dichiarazione di fallimento.* Se infine l'unicità dell'atto in cui bene spesso vengono redatti i concordati amichevoli e l'identità giuridica delle diverse rinunzie in essi contenute, non sono argomenti decisivi a favore dell'unicità contrattuale del concordato, l'una e l'altra sono nondimeno riprove abbastanza eloquenti della giustezza della nostra opinione. Il fatto, assai frequente, della redazione in un unico atto del concordato amichevole, non è accidentale: esso significa che il consenso di ciascun creditore non fu dato isolatamente, ma insieme o almeno con la conoscenza del consenso degli altri. L'appartenere poi tutte le rinunzie ad un tipo particolare di rimessione (*pactum de non petendo*) dimostra, se non altro, che esse sono dirette ad un unico scopo e che questo scopo è comune a tutti i contraenti (71).

94. Il concordato non è atto di commercio obiettivo, perchè nè risponde alla nozione economica dell'atto di commercio obiet-

---

(71) Per l'unicità contrattuale del concordato obbligatorio sta la gran maggioranza degli autori (salvo il **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur*, pag. 57 e seg.): più contestata è la unicità del concordato amichevole, per la quale, vedi, pertanto: **Vi-**

tivo, come atto di intromissione tra produttore e consumatore, nè presenta giuridicamente alcuna analogia con la serie di atti enumerata dall'art. 3 Cod. di comm. Se pure tutte od alcune delle obbligazioni preesistenti, che il concordato modifica, costituiscono atti di commercio obiettivi, non per questo può dirsi atto di commercio obiettivo il concordato, negozio giuridico a sè, del tutto distinto dalle obbligazioni precedenti, nel quale queste non si compenetrano nè si trasfondono per novazione. È vero che per l'art. 869, nº 7, Cod. comm. " tutto ciò che riguarda i fallimenti secondo le disposizioni del libro III " del Cod. comm., è sottoposto alla giurisdizione mercantile; ma da ciò non si può dedurre la qualità di atto di commercio obiettivo nel concordato, giacchè la legge (art. 870) sottopone alla giurisdizione commerciale anche gli atti di commercio così detti " misti " cioè commerciali per una sola delle parti (art. 54 Cod. comm.). Il concordato è invece atto di commercio semplicemente subiettivo, in quanto non può essere concluso che da un debitore commerciante. Solo i commercianti sono infatti, nel sistema del nostro diritto positivo, sottoposti alla procedura di fallimento e noi sappiamo che il concordato non è possibile quando non è possibile la procedura collettiva di esecuzione. È vero che la legge, per combattere la presunzione dell'art. 4, concede al commerciante di provare che la natura dell'atto ne esclude il riferimento all'esercizio del commercio o che dall'atto stesso tale riferimento sia escluso; ma tanto l'una che l'altra prova non è possibile nel caso del concordato, giacchè lo scopo che debitore e creditori si propongono è di evitare la procedura di fallimento: conseguenza appunto della insolvenza per debiti commerciali (Cod. comm., art. 683) (72).

---

dari, *Corso*, IX, num. 8438; — **Lanni**, nel *Filangieri*, 1891, pag. 388; — **Cavo**, *Concord.*, num. 10; — **Masè-Dari**, *Commento*, num. 464; — **Cuzzeri**, *Commento*, num. 833 e la *Giurisprudenza* (v. A. Torino, 22 gennaio 1900, *Dir. comm.*, 1900, 477) la quale ha concluso che l'adempimento e la risoluzione del concordato in moratoria deve essere chiesto in contradittorio di tutti i creditori.

(72) Senza porsi la questione se il concordato sia atto di commercio subiettivo od obiettivo, ne riconoscono in genere la commercialità: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8438; — **Lanni**, *Filangieri*, 1891, pag. 390 — e l'A. Milano, 24 luglio 1895, *Dir. comm.*, 1896, 95.

LIBRO SECONDO
I SINGOLI CONCORDATI

TITOLO PRIMO
I concordati amichevoli.

CAPITOLO I.
Il concordato amichevole stragiudiziale.

§ 1. — Nozioni generali e critiche.

Sommario: 95. Concetto del concordato amichevole stragiudiziale. — 96. Suo fondamento economico e ragioni pratiche che lo giustificano. — 97. Silenzio serbato dalla legge a suo riguardo. — 98. Critiche di cui è stato oggetto.

95. Ciò che abbiamo premesso intorno alla classificazione dei concordati ed alla natura giuridica del concordato come contratto ci permette di definire il *concordato amichevole stragiudiziale:* " un contratto stipulato tra il debitore comune e i creditori come singoli, prima che lo stato di fallimento abbia dato luogo a qualsiasi procedura giudiziale, col quale si modificano i rapporti obbligatorî esistenti tra il debitore ed i singoli creditori intervenuti nel contratto, in modo da far cessare lo stato di fallimento e da evitarne la dichiarazione giudiziale ".

Da questa definizione noi possiamo desumere quali sono gli elementi che il concordato amichevole stragiudiziale ha comune con tutti gli altri concordati: quali quelli che ha comuni cogli altri concordati amichevoli, e quali sono gli elementi particolari che lo differenziano da ogni altra specie di concordato.

a) Come *concordato*, il contratto di cui ora ci occupiamo deve contenere *una modificazione ai rapporti obbligatorî preesistenti tale da far cessare lo stato di fallimento del debitore e diretta appunto a questo scopo.*

b) Come *concordato amichevole*, deve essere stipulato tra i singoli creditori *come tali e il debitore* e non estendere perciò i suoi effetti che ai creditori intervenuti ed assenzienti.

c) Come *concordato stragiudiziale*, deve essere fatto all'infuori di qualunque procedimento giudiziario e senza intervento diretto o indiretto del magistrato.

È chiaro perciò che il concordato amichevole stragiudiziale si differenzia dal concordato obbligatorio (preventivo e di fallimento), perchè è concluso tra il debitore e i singoli creditori come tali, i quali sono vincolati dal contratto solo in quanto vi abbiano aderito: si differenzia dal concordato amichevole di fallimento, perchè è fatto prima che lo stato di fallimento abbia dato luogo alla dichiarazione giudiziale; si differenzia dall'accordo amichevole in moratoria, perchè è concluso anche quando non è stata accordata o non può essere accordata la moratoria. Si differenzia infine dal concordato obbligatorio di fallimento, dal concordato preventivo obbligatorio, dal concordato amichevole di fallimento e dall'accordo amichevole in moratoria, perchè non abbisogna dell'omologazione giudiziale.

Tutto ciò che abbiamo detto nella Parte generale della nostra trattazione sulla natura giuridica del concordato come contratto, vale per il concordato amichevole stragiudiziale. Qui ci limiteremo ad esporre le regole particolari della disciplina giuridica di questa figura speciale di concordato.

96. Il concordato amichevole stragiudiziale ha il suo fondamento economico e pratico nel desiderio, naturale in ogni ordine di persone, ma vivissimo nei commercianti, di regolare i proprii affari in via privata ed amichevole, senza il dispendio, le lungaggini e, più specialmente, senza la imbarazzante pubblicità di una, sia pure semplice e comoda, procedura giudiziaria. Fin che gli è possibile senza il pericolo di eccessivi sagrifizî, l'uomo di affari preferirà sempre di sottrarsi all'ingerenza della giustizia, la quale, pur riducendosi alla semplice omologazione di un atto stipulato privatamente, porta inevitabilmente con sè un lungo codazzo di noie, di spese, di perditempo: assistenza di un uomo di legge, registrazione di atti e conseguente pagamento di multe spesso ingenti, necessità di informare il magistrato sopra tutti i particolari della propria azienda, difficoltà di convincerlo della utilità ed opportu-

nità di un atto, la convenienza del quale sovente non può essere apprezzata se non colla conoscenza di un cumulo di particolarità, di circostanze, e di sfumature, che sono *sentite* solo da chi è direttamente interessato nella cosa.

97. La natura stessa e la ragion d'essere del concordato amichevole stragiudiziale ci dicono che esso deve essere lasciato completamente libero alla volontà delle parti, sotto il solo dominio dei principî generali del diritto delle obbligazioni. Il regime che più si conviene a questa specie di contratto, nel quale ciascuna delle parti, senza nuocere ad altri, dispone soltanto per sè, nel proprio interesse e per proprio conto, dei proprî diritti, è, indubbiamente, il regime della libertà. Giustamente perciò il legislatore ne tacque del tutto. Il qual silenzio non deve essere interpretato come un segno del disfavore della legge per il concordato amichevole stragiudiziale: e meno ancora, come l'effetto di un preteso divieto legislativo di quella specie di concordato. In un campo, in cui solo l'interesse privato è in giuoco, la volontà delle parti deve essere sovrana. Nella materia contrattuale, come è senza dubbio questa del concordato amichevole stragiudiziale, la libertà essendo la regola, il silenzio della legge non significa divieto.

Questo riserbo del legislatore e questa libertà concessa alla volontà dei contraenti sono stati oggetto di vive censure da parte di alcuni autori. Si è osservato, che debitore e creditori abbandonati a sè stessi, nel timore del fallimento imminente, vengono ad accordi in cui i creditori pazienti, disinteressati e lontani sono sagrificati, e i creditori ostinati, abili e pressanti, ricevono ingiustamente più di quanto sarebbe loro spettato. Si è aggiunto che le trattative, spesso lunghe e laboriose, che precedono il concordato amichevole stragiudiziale, sono cagione di perdita di tempo, permettono al debitore in mala fede di distrarre l'attivo, ritardano la dichiarazione di fallimento aumentando il disastro dei creditori. Si è detto infine che il debitore, il quale convoca i suoi creditori per una proposta di concordato amichevole stragiudiziale confessa con ciò solo di essere in istato di fallimento; e lo stato di fallimento giustifica, anzi impone, l'intervento del legislatore (1).

(1) V. specialmente: **Biondi**, *Del concordato amichevole*, Napoli, 1891, pag. 102 e seg.; — **Guariglia**, *Il concordato*, pag. 117.

Tutto ciò può anche esser vero, ma, per l'assunto di questi autori, ha il difetto capitale di *provar troppo*. Perchè la conclusione logica di quelle osservazioni non è già la necessità di una regolamentazione legislativa del concordato amichevole fuori della moratoria o del fallimento, ma la *soppressione del concordato amichevole stragiudiziale* come tale. Se la regolamentazione legislativa del concordato amichevole stragiudiziale ha da avere per iscopo di evitare gli inconvenienti a cui esso dà luogo, ora che la legge lo lascia alla libera iniziativa delle parti, sotto la semplice osservanza dei principî generali del diritto contrattuale, le norme che si vorrebbero scritte nel codice di commercio dovrebbero esser tali, da assicurare l'eguaglianza tra i creditori, la protezione degli interessi dei creditori più deboli o lontani, la integrità dell'attivo. Ma tutto ciò non può ottenersi senza una procedura, sia pur semplice e sommaria, di verificazione dei crediti, senza un controllo giudiziario sull'azienda del debitore, senza un esame accurato delle condizioni del concordato, senza cioè quella pubblicità, che il concordato amichevole stragiudiziale si propone appunto di evitare. Chi vorrà più concludere accordi amichevoli prima del fallimento o della moratoria, quando essi avranno tutti gli inconvenienti della procedura di moratoria o di fallimento, senza nessuno dei vantaggi di questi istituti? Se si ritiene il concordato amichevole stragiudiziale un istituto pieno di inconvenienti pratici, ingiusto od illogico, lo si bandisca con un divieto espresso, ma non si pretenda di regolarlo con norme che gli toglierebbero quella caratteristica, la quale gli dà una fisionomia propria e ne costituisce l'unica ragion di essere, la qualità cioè di *essenzialmente stragiudiziale*. L'intervento del magistrato nel concordato amichevole stragiudiziale non trova, d'altro canto, nessuna delle giustificazioni logiche e pratiche che trova nel concordato obbligatorio o anche nel concordato amichevole di moratoria o di fallimento: non si tratta nè di obbligare alcuno a sopportare le conseguenze di deliberazioni che egli non ha personalmente voluto; nè di por fine ad un procedimento giudiziario in cui è in giuoco la tutela del credito e che ha tanti lati di pubblico interesse. Il solo timore che in un contratto alcuno dei contraenti possa restar sagrificato, non è sufficiente per giustificare l'intervento della pubblica autorità e per richiedere l'esame e l'approvazione del magistrato. Nè serve meglio allo scopo l'argomento dedotto dalla considerazione che il debitore, facendo una proposta di

concordato amichevole ai suoi creditori, confessa con ciò solo di essere in istato di fallimento. Anche questo argomento prova *troppo* e conduce logicamente alla *nullità* del concordato amichevole stragiudiziale, e alla apertura d'uffizio della procedura di fallimento (art. 688 Cod. comm.).

98. Accanto a coloro che, rilevando gli inconvenienti a cui dà luogo attualmente il concordato amichevole stragiudiziale, deplorano il silenzio del legislatore ed invocano norme atte a disciplinarlo, vi sono altri che, entro il campo del diritto positivo, si limitano a descrivere i danni del concordato amichevole concluso prima del fallimento e della moratoria, per sconsigliare ai creditori quel contratto pericoloso e pregiudizievole così all'interesse loro come alla pubblica moralità. E vi sono altri ancora che, per ottenere l'intento di far scomparire la pratica dei concordati amichevoli stragiudiziali, vorrebbero istituire, come efficace sostitutivo di quelli, il procedimento di *concordato preventivo* (2). Noi non neghiamo i danni, di cui il concordato stragiudiziale può essere causa, ma ci rendiamo altresì conto delle ragioni, per le quali la pratica lo preferisce alla procedura ed al concordato di fallimento. Quando la situazione del debitore non è del tutto disperata, il disastro che la procedura di fallimento produce è maggiore di quello a cui essa vuol riparare. La pubblicità del procedimento e il conseguente discredito che ne deriva, la liquidazione dell'attivo piena di formalità e di incagli e fatta a breve scadenza, l'immediata esigibilità del passivo, convertono il fallimento in un disastro per gli stessi creditori. L'esperienza c'insegna che nessuna azienda, per quanto fiorente e bene avviata, resisterebbe ad una liquidazione immediata e fatta nelle condizioni in cui avviene la liquidazione nel fallimento. Vi possono perciò essere situazioni in cui un accordo bonario è la migliore soluzione così pei creditori come per il debitore. Sicuramente, ve ne sono altri in cui, sia per la mala fede del debitore, sia per le condizioni del suo patrimonio, un accordo amichevole non ha altro effetto che quello di dilazionare inutilmente il fallimento, aggravando la posizione. Ma è ingiusto pronunziare la con-

---

(2) V. **Bolaffio**, *I componimenti privati per evitare il fallimento*, nella *Temi veneta*, 1887, 133 e seg., num. 1, e **Federici**, *Relazione dei lavori compiuti dal Tribunale di commercio di Venezia nell'anno 1885*, citato da **Bolaffio**, loc. cit.

danna del concordato amichevole stragiudiziale per l'abuso che se ne può fare in qualche caso. Agli abusi a cui può dar luogo questo contratto provvede già attualmente la nostra legge commerciale colla disposizione sulla revoca degli atti fatti in frode ai creditori e sulla bancarotta fraudolenta (art. 707, 708 e 709; articolo 860 Cod. comm.). Se queste disposizioni sono insufficienti, se ne sanciscano altre per reprimere, in sede di fallimento, gli abusi dei concordati stragiudiziali. Ma stabilire una presunzione assoluta di frode per ogni concordato amichevole concluso prima del fallimento è ingiusto e contrario alla realtà.

§ 2. — Conclusione del contratto.

Sommario: 99. Se per la validità dell'accordo amichevole occorra l'assenso di tutti i creditori. — 100. Efficacia degli accordi isolati. — 101. Perfezione del concordato stragiudiziale. — 102. Suo contenuto. — 103. Se la proposta e la conclusione di un concordato amichevole costituiscono prova della cessazione dei pagamenti e possano dar luogo alla dichiarazione di fallimento.

99. I contraenti nel concordato stragiudiziale sono il debitore ed i singoli creditori. Mancando la procedura di esecuzione collettiva, manca la comunione fra i creditori, e manca anche l'assemblea, organo della volontà collettiva (1). Quindi l'accordo, una volta stipulato, non vincola se non i creditori che lo hanno voluto. Si suol dire che per la validità del concordato amichevole prima del fallimento occorre l'assenso di *tutti i creditori* (2). Ciò non è punto

---

(1) Inesattamente perciò **Cavo**, voce *Concordato*, nel *Digesto italiano*, num. 10, e **Boistel**, *Cours*, num. 1067, scrivono che il concordato amichevole è stipulato fra il debitore da una parte e *tutti* i creditori dall'altra. Il contratto invece non può essere concluso che tra il debitore e ciascuno dei creditori, e tra i singoli creditori tra loro.

(2) **Biondi**, *Del concordato amichevole*, num. 62 e 69; — **Lanni**, *Dei concordati amichevoli o stragiudiziali*, nel *Filangieri*, 1891, 385 e seg., num. 13; — **Bolaffio**, *I componimenti privati*, num. 2; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 833; — **Cavo**, *Concordato*, num. 10; — **Thaller**, *Traité élémentaire*, 2ª ed., num. 2066; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 654; — **Boistel**, *Cours*, num. 1067. — Più esattamente: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8439; — **Guariglia**, pagg. 119 e 120, nota.

esatto: nessun concordato stragiudiziale potrebbe concludersi, se per la sua validità fosse necessaria l'approvazione dell' *unanimità* dei creditori. I creditori ignoti o lontani costituirebbero un ostacolo insormontabile alla stipulazione del contratto. Quando perciò si dice essere necessario l'intervento e il voto favorevole di tutti i creditori, si vuol dire soltanto che il concordato restringe i suoi effetti a coloro che sono intervenuti nel contratto. Ma l'accordo stipulato anche con una parte dei creditori è concordato, quando esso abbia quella caratteristica che vedemmo propria del contratto di concordato: vale a dire contenga una modificazione ai rapporti obbligatorî preesistenti tale da far cessare lo stato di fallimento e diretta appunto a questo scopo È irrilevante, per la natura del contratto, che esso sia stato concluso coll'intervento di tutti i creditori, o di tutti i creditori meno uno, o di una parte soltanto dei creditori, la quale numericamente non rappresenti che la minoranza. Ciò che importa per caratterizzare il concordato è una modificazione ai preesistenti rapporti obbligatorî *tale da far cessare lo stato di fallimento del debitore*. Qualunque sia il numero dei creditori che si unisce per ottenere questo scopo, il concordato c'è, quando lo scopo è conseguito. Certo, quanto minore è il numero dei creditori assenzienti, tanto maggiore deve essere il loro sagrifizio per far cessare lo stato di fallimento, e porre in grado il debitore di soddisfare compiutamente i creditori non intervenuti nel contratto. E ciò, *nel fatto*, renderà assai difficile un concordato amichevole stragiudiziale, al quale non abbiano assentito tutti, o almeno, la gran maggioranza dei creditori. Ma vi possono essere casi, in cui la minor parte dei creditori sarà sufficiente, perchè il concordato stragiudiziale consegua il suo effetto, ed eviti la dichiarazione di fallimento: così, ad esempio, se il passivo sia ripartito in modo che un piccolo numero di creditori ne assorba la massima parte e il rimanente sia diviso tra una folla di creditori minuscoli. Basterà allora che il concordato sia consentito da pochi, i quali però possono modificare le condizioni del debitore in modo, da permettergli la continuazione degli affari, soddisfacendo completamente e puntualmente tutti i creditori non assenzienti (3).

---

(3) Non possiamo perciò aderire alla dottrina professata da alcuni autori, (v. per es.: **Bolaffio**, *I componimenti privati*, num. 3), i quali considerano l'unanimità dei consensi come un requisito per la validità del concordato ami-

100. Dalla regola qui stabilita, che non c'è concordato amichevole se non fu ottenuto l'assenso del numero di creditori sufficiente a far cessare lo stato di fallimento del debitore e ad evitarne la dichiarazione di fallimento, non consegue che siano nulli e senza alcun effetto gli *accordi isolati,* le rinunzie parziali che uno o più creditori singolarmente possano stipulare col debitore. Questi accordi isolati non hanno, è vero, nessuna delle caratteristiche del concordato: costituiscono altrettanti contratti distinti e non già un contratto unico, vincolano soltanto il creditore che li ha consentiti e il debitore, stanno ciascuno a sè, perfettamente indipendenti gli uni dagli altri (4): sono però validi, purchè la volontà del creditore non sia stata quella di ottenere, mediante reciproche rinunzie, la cessazione dello stato di fallimento del debitore, ma semplicemente di rinunziare, a titolo oneroso o gratuito, per suo conto, e senza riguardo agli altri creditori, a qualcuno dei suoi diritti verso il debitore (5).

101. Assai difficile e punto trattata dagli autori è la questione della *perfezione del concordato stragiudiziale.* Per risolvere la quale bisogna distinguere il caso del contratto stipulato tra presenti, dal caso del contratto *tra assenti.*

Quando — come di solito avviene — il concordato stragiudiziale è concluso in una adunanza, in cui debitore e creditori ne discutono le condizioni, nessun dubbio sul momento in cui esso si perfeziona. Il contratto si conclude nella adunanza stessa, quando il numero dei creditori assenzienti è sufficiente perchè vi sia un vero e proprio concordato, secondo ciò che si è detto precedente-

---

chevole, al punto di ritenere che " se qualche nuovo creditore comparisce, può far cadere nel nulla quanto fu fatto senza il suo intervento „ (**Bolaffio**, op. cit., loc. cit.). Il nuovo creditore comparso, ci sembra invece, potrà chiedere di essere completamente soddisfatto: se non lo sarà, potrà far dichiarare il fallimento, ma non avrà nè diritto nè interesse a fare annullare le rinunzie concesse dagli altri creditori, quando queste non siano state fatte a condizioni che cadano sotto le sanzioni degli art. 1235 Cod. civ.; 707 e seg. Cod. comm.

(4) V. quanto fu detto al num. 93 a proposito dell'unicità del contratto nel concordato.

(5) A torto quindi il **Lanni**, *Dei concordati amichevoli*, pag. 321, num. 13, dichiara inefficaci tali accordi isolati, se posteriormente venga dichiarato il fallimento. Essi potranno essere revocati solo nei casi degli art. 707 e seg. Cod. comm.

mente. Se il numero dei creditori assenzienti non è sufficiente e per ciò la conclusione del contratto viene rimandata ad altra adunanza, gli assenzienti potranno nell'intervallo revocare il proprio consenso, a meno che non si siano impegnati, espressamente o tacitamente, a non revocarlo, fino alla nuova riunione. Malgrado il patto potranno però egualmente revocarlo quando vi siano variazioni nelle proposte di concordato.

Quando invece i creditori, lontani e dispersi, non vengono convocati in adunanza, ma il debitore si fa iniziatore e intermediario delle trattative, la questione si complica alquanto. Anzitutto, perchè in questo caso vi sia concordato, occorre che ciascuno dei creditori sappia chi sono gli altri creditori, e sia al corrente delle trattative, di cui il debitore è intermediario. Altrimenti, egli potrà concludere un accordo isolato per conto suo, non un vero concordato, che presuppone l'accordo della volontà, non solo del debitore e del creditore, ma di quella dei creditori fra loro e col debitore (6). Il procedimento per la conclusione di un concordato stragiudiziale fra creditori lontani consta necessariamente di due stadi distinti. Il primo stadio è quello di *formulazione della proposta di concordato*. La proposta (poichè il contratto è unico e i creditori contraggono non solo col debitore, ma anche tra loro), deve esser fatta non solo dal debitore, ma anche da ciascuno dei creditori agli altri creditori. Perciò le prime adesioni che i creditori possono dare alle proposte del debitore, non costituiscono ancora *accettazione del concordato* ma solo *autorizzazione data al debitore di fare a nome di ciascun creditore una proposta formale di concordato agli altri creditori*. È solo in seguito che si passa al secondo stadio, della *accettazione della proposta*. Non vi è accettazione del concordato, se non quando quella proposta, che ciascun creditore ha già aderito a fare agli altri creditori, *viene accettata da tutti i creditori ai quali venne fatta* (7). Giunta questa seconda e vera accettazione a notizia dei singoli proponenti, debitore e creditori, il concordato è perfetto (art. 36). Bisogna perciò distinguere l'accettazione *di massima* che è una semplice *adesione a formulare la proposta*, dalla accettazione *definitiva* che, giunta a notizia dei proponenti,

---

(6) V. num. 93.

(7) Per stabilire *da quanti creditori* debba essere fatta ed accettata per aversi un vero concordato, v. num. 99.

perfeziona il contratto. *Fino a che la notizia dell'accettazione di tutti i creditori a cui la proposta fu fatta non sia giunta a tutti i proponenti, debitore e creditori, ciascuno può ritirare la sua proposta e la sua accettazione*, salvo i casi dell'art. 36 Cod. comm.: fino a questo momento perciò ciascuno dei creditori può, dimostrando la cessazione dei pagamenti (art. 687), provocare il fallimento del debitore, e, dichiarato il fallimento, può far valere integralmente i suoi diritti (8).

102. Il contenuto del concordato stragiudiziale può essere vario: possono stipularsi dilazioni o rimessioni, può convenirsi la liquidazione amichevole del patrimonio del debitore sotto la sorveglianza dei creditori: può stabilirsi la cessione di tutto l'attivo ai creditori, o la vendita dell'azienda ad un terzo coll'obbligo di pagare in tutto o in parte il passivo. Non è però necessario che a tutti i creditori intervenuti nel contratto sia fatto un trattamento uguale. La legge dell'uguaglianza vale per il fallimento e per il concordato di fallimento: qui siamo in presenza di un contratto che l'ordinamento giuridico lascia alla libera volontà delle parti, ed al quale non è lecito estendere per analogia disposizioni proibitive scritte per altri istituti. Questa regola soffre eccezione, in omaggio ai principî generali delle obbligazioni, quando i van-

---

(8) V. in questo senso **Thaller**, *Traité élémentaire*, 2ª ed., num. 1729. Cfr. A. Parigi, 18 maggio 1892, *Journ. des faill.*, 1894, 355. — La Corte d'Appello di Parigi, nell'altra sua decisione, 28 febbraio 1891, *Journ. des faill.*, 1892, 295, decise che " è irricevibile la domanda di dichiarazione di fallimento del creditore, il quale è intervenuto ad una assemblea in cui gli altri creditori ed egli stesso hanno accordato al debitore comune la liberazione dei loro crediti, contro abbandono dell'attivo da realizzarsi da commissarî all'uopo nominati; inutilmente egli allegherebbe che l'atto al quale ha partecipato è restato allo stato di semplice progetto, per non essere stato sottoscritto da tutti i creditori, o che fu ottenuto dietro indicazioni false o dopo pagamento di altri creditori a danno della massa, quando egli stesso è stato completamente al corrente della situazione del debitore ed è intervenuto nel modo più attivo, tanto nella preparazione del concordato, quanto nella sua conclusione e nella sottoscrizione di esso ". Questa decisione è giusta, giacchè non è il fatto di essere stato sottoscritto da tutti o da una sola parte dei creditori quello che decide sulla perfezione del contratto, ma la sua idoneità a far cessare lo stato di fallimento. L'annullamento poi per vizî di consenso non può essere dato quando il creditore conosceva le cause che egli pretende abbiano viziato la sua volontà.

taggi accordati a qualcuno dei creditori contraenti siano l'effetto di accordi segreti ed ignorati dagli altri creditori intervenuti nel concordato. Occorre tener presente che anche il concordato stragiudiziale è un contratto unico, che in esso il consenso di ciascun creditore non è dato indipendentemente dal consenso degli altri, ma che il sagrifizio dell'uno è subordinato al sagrifizio dell'altro. Siamo proprio nel caso di una dichiarazione di volontà emessa nella *presupposizione* dell' esistenza di uno stato di fatto che al momento in cui la volontà si determinò, non esisteva, o esisteva diversamente. Il negozio giuridico quindi è rescindibile (9).

La questione della validità degli accordi portanti vantaggi particolari si aggrava e si complica quando il debitore commerciante che li ha stipulati sia in istato di cessazione dei pagamenti ed i vantaggi siano stati concessi per ottenere l'adesione del creditore al concordato. La giurisprudenza francese suole scorgere in questi accordi quella *vendita di voto*, vietata sotto la comminatoria di sanzioni civili e penali, dagli art. 597 e 598 *Code de commerce*. Come è noto, questi articoli (a cui corrispondono sostanzialmente gli art. 866 e 867 del nostro Codice di commercio) dichiarano nulle, anche rispetto al fallito, le convenzioni portanti particolari

---

(9) Cfr. **Kohler**, *Lehrb.*, p. 486, nota 3; — **Düringer** e **Hachenburg**, *Das Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897 erläutert*, Mannheim, 1900-1901, II, pag. 49. — La distinzione accennata nel testo è fatta da **Bolaffio**, *I componimenti privati*, num. 3, *sub b)*, e implicitamente, anche da **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8435, e da **Boistel**, *Cours*, num. 1068. — Ritiene invece in tutti i casi valide le convenzioni recanti vantaggi particolari: **Guariglia**, *Concordato*, pagg. 122 e 123; e in tutti i casi invalide: **Biondi**, *Concordato amichevole*, num. 70 e seg. — La giurisprudenza italiana è propensa a riconoscere la validità di questi accordi particolari: v. A. Milano, 21 luglio 1891, *Foro*, 1891, I, 1330; — C. Torino, 9 marzo 1893, *Foro*, 1894, I, 176 (ma vedi tuttavia contro Trib. Genova, 29 dicembre 1891, *Giurista*, 1892, 54). — La giurisprudenza francese sembra accostarsi alla opinione manifestata nel testo, dichiarando nulli gli accordi *segreti* coi quali il debitore *non in istato di cessazione dei pagamenti*, ha particolarmente avvantaggiato il creditore (v. Cass. req., 14 marzo 1893, *Journ. des faill.*, 1893, 97; — Cass. req., 26 marzo 1888, *Journ. des faill.*, 1888, 343), e validi gli accordi conosciuti dagli altri creditori (A. Parigi, 15 dicembre 1863, *Dalloz*, 1863, 2, 178; — Trib. comm. Marsiglia, 5 luglio 1883, *Journ. des faill.*, 1884, 86; Trib. comm. Senna, 31 maggio 1888, *Journ. des faill.*, 1888, 450). — Ma la giurisprudenza francese si è più particolarmente occupata della *vendita del voto fatta dal creditore di un debitore in istato di cessazione dei pagamenti.* Su di che vedi in seguito.

vantaggi pei creditori che le hanno ottenute come prezzo del loro voto nelle deliberazioni del fallimento, e puniscono i creditori col carcere e colla multa. L'applicabilità di queste disposizioni, in cui si fa solo l'ipotesi di accordi nelle *deliberazioni di fallimento*, e di debitore *fallito*, al caso del concordato amichevole concluso *prima della dichiarazione di fallimento*, ma dopo la *cessazione dei pagamenti*, si deduce dal principio, accettato comunemente dalla giurisprudenza francese, che la cessazione dei pagamenti produce tutti gli effetti del fallimento, anche prima della sentenza dichiarativa, perchè la dichiarazione del giudice *riconosce*, ma non *crea* lo stato di fallimento (10).

Questa controversia, sulla applicabilità ai concordati amichevoli anteriori alle dichiarazioni di fallimento, delle disposizioni scritte negli art. 597 e 598 del *Code de commerce* (corrispondentemente, negli art. 866 e 867 del Codice di commercio italiano), non è che un lato della più generale ed importante questione, che si dibatte, specialmente in Francia, fra la dottrina da una parte e la giurisprudenza dall'altra, circa la ammissibilità di *un fallimento di fatto* o *fallimento non dichiarato*. Dato, come crede la giurisprudenza francese, che il fallimento è costituito dal solo fatto della cessazione dei pagamenti, e che perciò, salvo le disposizioni di procedura e quelle di diritto materiale *connesse alla procedura*, tutte le altre contenute nel libro III del Codice di commercio, debbono ap-

(10) V. in questo senso: A. Aix, 12 dicembre 1883, *Journ. des faill.*, 1884, 485; — Trib. comm. Marsiglia, 22 ottobre 1889, *Journ. des faill.*, 1890, 383; — A. Bordeaux, 10 gennaio 1887, *Journ. des faill.*, 1887, 224; — A. Parigi, 26 aprile 1882, *Journ. des faill.*, 1882, 533; — A. Bordeaux, 1 dicembre 1887, *Journ. des faill.*, 1888, 477; — Cass. civ., 13 giugno 1893, *Journ. des faill.*, 1894, 49; — Trib. comm. Lione, 16 aprile 1896, *Jurisprudence du trib. de comm. de Lyon*, 1896, 451; — Trib. comm. Senna, 9 maggio 1898, *Annales*, 1899, 106. — Nella giurisprudenza italiana v. pure in questo senso: Trib. Genova, 29 dicembre 1891, *Giurista*, 1892, 54. — Fra gli autori accolgono questa dottrina: **Bolaffio**, *I componimenti privati*, num. 3, *sub c)*; — **Borsari**, *Il Codice di comm. commentato*, num. 1177; — **Biondi**, *Concordato amichevole*, num. 72 e seg.; — **Bédarride**, *Des faill. et banq.*, II, num. 1290; — **Alfani** nel *Digesto italiano*, voce *Bancarotta*, num. 154. — Negano invece l'applicabilità degli art. 866 e 867: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8435; — **Lanni**, *Dei concord. am.*, num. 14, pagg. 392 e 393; — **Guariglia**, *Concordato*, pag. 123 e seg.; — **Cuzzeri**, num. 833; — **Boistel**, num. 1068; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 656; — Cass. Milano, 5 luglio 1865, *Legge*, 1865, II, 995; A. Genova, 15 ottobre 1877, *Legge*, 1879, I, 27.

plicarsi anche al debitore cessante, ma non dichiarato giudizialmente in istato di fallimento, non è dubbio che le sanzioni comminate contro il traffico dei voti, sono fra quelle che trovano applicazione anche prima della apertura della procedura di fallimento. Ma quella tesi, mediante la quale i tribunali francesi, che intendono così nobilmente la funzione sociale della giurisprudenza, cercano di allargare la sfera d'azione delle norme scritte nel libro III del Codice commerciale a tutela dell'uguaglianza fra i creditori, è contraddetta dallo spirito e dalla lettera della legge. È vero — e noi l'abbiamo più volte affermato — che lo stato di fallimento è uno stato di fatto, una *condizione obbiettiva patrimoniale* che la sentenza del giudice *dichiara* e non *crea*, ma è uno stato il quale, prima di essere giudizialmente constatato, non produce alcuno degli effetti giuridici menzionati nel libro III del Codice commerciale, a proposito del fallimento. La distinzione tra norme di *diritto formale* e norme di *diritto materiale* non è accettabile perchè il fallimento forma un regime indivisibile: le disposizioni di diritto sostanziale presuppongono la procedura legale e sono ad essa intimamente connesse. E perciò giustamente in Francia tutta la dottrina, in Italia dottrina e giurisprudenza, hanno resistito alla tendenza della giurisprudenza francese, ed hanno unanimemente dichiarato la inapplicabilità delle norme scritte a proposito del fallimento giudizialmente dichiarato al fallimento di *mero fatto* (11). Ragioni esegetiche particolari impongono poi, nel caso degli art. 866 e 867 Cod. comm. italiano, di negarne l'applicabilità ai concordati amichevoli stragiudiziali. L'art. 866 colpisce il creditore il quale abbia stipulato " vantaggi a proprio favore per il voto nelle *deliberazioni del fallimento o sulla domanda di moratoria* o che in modi diversi da quelli preveduti dall'art. 860 si procurò vantaggi *a carico dell'attivo del fallimento* " (12). Che il legislatore abbia

(11) V. **Bolaffio**, nel *Foro it.*, 1885, I, 58 e *Commento*, num. 11; — **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 7413 e 7445; — **Luciani**, *Trattato del fallimento*, num. 193; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 25; — **Bonelli**, *Commentario*, num. 60 e 61; — **Massé**, *Le droit commercial*, II, num. 1166 e 1167; — **Delamarre** e **Lepoitvin**, VI, num. 26 e seg.; — **Demangeat** et **Bravard-Veyrières**, *Faill.*, pag. 66 e seg.; — **Boistel**, *Cours*, num. 898; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 189 e seg.; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 1704 e 1705; — **Fourcade**, *Des faillites non déclarées*, Lyon, 1889, num. 97.

(12) La legge parla di vantaggi stipulati col *fallito*: ma la parola *fallito* non

proprio voluto restringere le sanzioni degli art. 866 e 867 al caso del traffico del voto nel *procedimento di fallimento o di moratoria*, risulta dalla enunciazione che esso fa dei casi in cui la vendita del voto è punita, che sono appunto due soli: il traffico del voto nelle deliberazioni del fallimento, e quello sulla domanda di moratoria. L'aver compreso tra i fatti incriminabili il traffico del voto sulla *domanda di moratoria* dimostra ad evidenza che la legge non ha inteso alludere, coll'espressione: *deliberazioni del fallimento*, che al *fallimento dichiarato*: altrimenti sarebbe stata superflua l'aggiunta: *nelle deliberazioni di moratoria*, perchè anche la moratoria presuppone la cessazione dei pagamenti e lo stato di fallimento *di fatto*. Lo stesso dicasi della seconda figura di reato ipotizzata dall'articolo 866: conseguimento di illeciti vantaggi sull'attivo *del fallimento* (13); la qual locuzione, messa a confronto con quella adoperata nel principio del medesimo articolo, dimostra che non sono incriminabili i vantaggi procuratisi nella procedura di semplice moratoria, e perciò meno ancora, quelli ottenuti nel concordato stragiudiziale. E ciò che si dice delle sanzioni penali contenute nell'art. 866, si deve ripetere per la nullità comminata nell'art. 867, il quale si riferisce appunto ed esclusivamente, alle due ipotesi dell'articolo precedente. L'interpretazione logica conferma la nostra esegesi degli art. 866 e 867. Tanto nel caso di deliberazioni nel corso della procedura di fallimento (art. 719, 723, 794, 835), come nel caso di deliberazione sulla domanda di moratoria (art. 822, 828), le decisioni sono prese a maggioranza di voti e il parere della maggioranza ha una influenza decisiva anche contro il voto della minoranza: ciò giustifica e le sanzioni penali e la nullità. Nulla di tutto ciò nel concordato stragiudiziale, dove non c'è deliberazione di maggioranza, dove la volontà di ciascuno non nuoce, neppure indirettamente, ai diritti degli altri. Occorre infine appena ricordare che qui siamo in tema di disposizioni penali e restrittive che non ammettono interpretazione analogica (art. 4 disp. prel.

---

farebbe ostacolo ad applicare gli art. 866 e 867 al debitore cessante ma non dichiarato fallito, perchè spesso la legge adopera la parola *fallito* per indicare il *cessante* (v. ad es.: art. 684 e 686 Cod. comm.).

(13) Qui la parola " fallimento „ è evidentemente adoperata nel senso di " patrimonio del fallito in liquidazione di fallimento „.

Cod. civ.) e non possono estendersi oltre i casi in esse tassativamente indicati (14).

103. Il concordato amichevole, anche stragiudiziale, — dicemmo a suo tempo — presuppone, come ogni altro concordato, lo stato di fallimento. Non dovrà adunque il solo fatto della proposta di un concordato amichevole costituire una *prova* dello stato di fallimento, ed autorizzare qualunque creditore per causa commerciale a domandarne la dichiarazione giudiziale e fors'anche il giudice a pronunziarla d'uffizio (art. 683, 684, 687, 688 Cod. comm.)? Vi sono leggi che espressamente stabiliscono come motivo dell'apertura del fallimento la proposizione di un concordato (15). Tuttavia, una risposta affermativa a quella domanda non si può dare, nel sistema del nostro diritto positivo. Lo *stato di fallimento*, considerato come *stato obiettivo patrimoniale*, non ammette, secondo il nostro Codice di commercio, che due sole prove: una *indiretta*, cioè la presunzione derivante dal fatto della cessazione dei pagamenti, ed una *diretta*, cioè la *confessione* del debitore. Proporre un concordato amichevole non significa di per sè solo cessare di fare i pagamenti, quando inadempienze effettive non vi sono ancora state. Ma significherà almeno *confessione* da parte del debitore della sua impotenza a pagare e dello *stato di perdita* in cui si trovano i suoi creditori? Certamente, il debitore che, mediante circolari, avvisa i propri creditori di trovarsi in una situazione imbarazzata e li convoca per una proposta di concordato amichevole, o propone loro senz'altro un accomodamento, confessa con ciò solo il suo stato di fallimento. Ma nel sistema della nostra legge non sempre la confessione del debitore è ammessa come prova dello stato di fallimento. Occorre notare che la confessione del debitore non è, secondo il Codice di commercio, una forma o prova della cessazione dei pagamenti, ma una seconda prova dello stato di fallimento che esiste accanto alla cessazione e che di per sè sola, anche senza la cessazione dei pagamenti, può bastare a far aprire la procedura

---

(14) Restringendo le ipotesi di traffico di voto ai due casi di deliberazioni nella procedura di fallimento e sulla domanda di moratoria, la legge — come vedremo — ha escluso la incriminabilità del traffico nell'*accordo amichevole in moratoria* (art. 825).

(15) Cod. comm. spagnuolo, art. 876; Cod. messicano, art. 952.

di fallimento (così nel caso della dichiarazione di fallimento ad istanza del debitore: per la quale è sufficiente la confessione senza che occorra dimostrare la cessazione dei pagamenti) (16). Ma questa seconda prova dello stato di fallimento non è ammessa dal legislatore senza qualche restrizione. Solo la confessione *giudiziale* e non anche la *stragiudiziale* giustifica la dichiarazione di fallimento, quando cessazione di pagamenti non vi sia. L'art. 684 Cod. comm. stabilisce bensì che il fallimento può essere dichiarato su semplice domanda del fallito, anche senza cessazione di pagamenti; ma l'articolo 687 aggiunge che non può dichiararsi fallimento ad istanza di un creditore quando non sia *dimostrata la cessazione dei pagamenti;* e l'art. 688 ripete che il Tribunale non può dichiarare d'uffizio il fallimento se non quando sia notorio o per altri mezzi siavi sicura notizia *che il commerciante abbia cessato di fare i suoi paga-*

---

(16) L'art. 684 stabilisce che il fallimento è dichiarato " sulla dichiarazione del fallito ". Qui evidentemente per *fallito* s'intende colui che è in stato di fallimento, benchè tale stato non sia ancora giudizialmente riconosciuto: l'ipotesi fatta dalla legge è che il debitore *dichiari*, cioè confessi lo stato di fallimento in cui si trova. Non è necessario che egli abbia cessato di fare i suoi pagamenti. Quando la cessazione dei pagamenti vi sia, la legge lo *obbliga* a dichiarare al giudice la cessazione dei pagamenti e lo stato di fallimento, comminandogli, come sanzione di tale obbligo, la pena dei bancarottieri semplici (art. 689 e 857_3). Ma quando non abbia cessato di fare i suoi pagamenti, il debitore può benissimo dichiarare lo stato di fallimento in cui egli versa. L'*obbligo* impostogli dalla legge in un caso speciale non può escludere la *facoltà* che gli spetta in generale di far noto il suo stato e di provocare gli opportuni provvedimenti. Ed un testo formale di legge pone questa regola fuori di discussione: è l'art. 146 Cod. comm., il quale *obbliga* gli amministratori delle società anonime, quando la società sia in *istato di fallimento*, a chiederne la dichiarazione al magistrato. Ora, se non si vuol ritenere — come certamente non è — questa disposizione, un inutile duplicato dell'art. 688, la si deve interpretare nel senso che, per la società anonima, non occorre la cessazione dei pagamenti perchè gli amministratori siano obbligati a far la dichiarazione dello stato di fallimento, ma basta lo stato di fallimento soltanto. Tutta la dottrina del resto è concorde nel ritenere che la dichiarazione del fallito di essere in istato di fallimento basti perchè il fallimento sia giudizialmente pronunciato, senza che occorra inoltre la cessazione dei pagamenti: v. **Bolaffio**, *Commento*, num. 14; — **Luciani**, *Fallim.*, num. 150; — **Sacerdoti**, voce *Fallimento*, nell'*Enc. giuridica*, num. 61; — **Bonelli**, *Commentario*, num. 49 e 97; — **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 7417; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, num. 90; — **Boistel**, *Cours*, num. 900; — **Demangeat** e **Bravard Veyrières**, *Droit comm.*, V, pagina 49 e seg.

menti (17). Tutto ciò dimostra che la semplice proposta di un concordato amichevole stragiudiziale non giustifica la dichiarazione di fallimento, nè su domanda dei creditori, nè d'uffizio: e meno ancora la giustificherebbe la *conclusione* del concordato (18). A questo proposito si suol distinguere tra il caso in cui il concordato fu assentito da *tutti i creditori* e il caso in cui anche un sol creditore non aderì all'accordo per negare la dichiarazione di fallimento nel primo ed ammetterla nel secondo (19). Che una distinzione sia da farsi crediamo anche noi, ma non quella che si fa comunemente. Vedemmo già come sia possibile la conclusione di un concordato stragiudiziale perfetto, il quale consegua completamente il suo scopo di far cessare lo stato di fallimento, anche senza il concorso di *tutti i creditori:* in questo caso non è certo a parlarsi di dichiarazione di fallimento: in seguito al concordato amichevole il debitore è rimesso in grado di soddisfare puntualmente i suoi creditori, non vi è stato di fallimento nè può esservi cessazione dei pagamenti (20). Quando invece l'accordo fu bensì assentito da un certo numero di creditori, ma non sufficiente a far cessare lo stato di fallimento, se anche un solo creditore rimane insoddisfatto, la cessazione dei pagamenti si verifica e ogni creditore per causa di commercio, nonchè l'autorità giudiziaria d'uffizio, può provocarè la dichiarazione di fallimento (21). Ma anche qui, almeno una inadempienza è necessaria (art. 687 e 688 Cod. comm.) (22), ed è l'inadempienza, non il concordato amichevole che costituisce la cessazione dei pagamenti: è l'inadempienza, non il concordato, che giustifica la dichiarazione di fallimento. La cessazione dei pagamenti, per noi, non può essere data che dalle inadempienze ed è un fatto che non ammette equipollenti (23).

---

(17) Cass. Torino, 26 luglio 1873, *Giur. it.*, 1873, 588; — **Cavo**, *Della cessazione dei pagamenti e dei suoi effetti*, Genova, 1891, pag. 33; — **Colarizi**, nella *Giur. it.*, 1891, IV, 362.

(18) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 108; — **Bonelli**, *Commentario*, num. 50 e 129; — A. Bourges, 7 marzo 1864, *Dalloz*, 1864, 2, 105.

(19) A. Venezia, 16 luglio 1894, *Temi ven.*, 1894, 625; — **Bonelli**, *Commentario*, num. 59 e 129; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 1729.

(20) Sostanzialmente in questo senso: v. **Biondi**, *Conc. amich.*, num. 65; — **Alauzet**, *Commentaire*, num. 1937 e 1938; — **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 463.

(21) A. Parigi, 18 maggio 1892, *Journ. des faill.*, 1894, 355.

(22) Trib. comm. Marsiglia, 10 ottobre 1893, *Journ. des faill.*, 1894, 519.

(23) V. Cass. Torino, 22 luglio 1890, *Giur. it.*, 1890, I, 581; — **Cass. Roma**,

§ 3. — Forma e prova.

Sommario: 104. Libertà delle forme nel concordato amichevole. — 105. Ammissibilità della prova testimoniale.

104. Il concordato stragiudiziale non abbisogna nè di essere preceduto da una regolare convocazione dei creditori, nè di essere assentito in una riunione dei creditori, nè di essere omologato dal giudice (1). Nessuna forma è richiesta per la proposta del debitore, che può essere fatta in qualunque modo ed in qualunque tempo. Soltanto, può ragionevolmente dubitarsi se la forma scritta sia essenziale per la sua conclusione, in omaggio al disposto dell'articolo 1314, n° 7, Codice civile.

Già vedemmo che il concordato può, nella serie dei contratti, essere classificato nella categoria giuridica delle transazioni. Ora l'art. 1314 Codice civile pone la forma scritta fra i requisiti essenziali delle transazioni: legittimo quindi il dubbio, se la scrittura sia da annoverarsi fra i requisiti essenziali del concordato anche stragiudiziale.

Essendo il concordato atto di commercio almeno per una delle parti, e tutto l'atto perciò dovendosi regolare secondo la legge commerciale (art. 54 Cod. comm.), il decidere se il concordato stragiudiziale abbia bisogno della forma scritta, dipende dalla soluzione

---

23 novembre 1896, *Foro*, 1897, I, 258, e la dottrina prevalente: **Vivante**, nella *Temi veneta*, 1885, 293; — **Borsari**, *Il Cod. di comm. it. comment.*, num. 1729; — **Bolaffio**, nella *Riv. it. per le scienze giuridiche*, I, pag. 110, num. 2; — **Colarizi**, nella *Giur. it.*, 1891, IV, 350; — **Pagani**, nel *Digesto italiano*, voce *Fallimento*, num. 12; — **Cavo**, *Cessazione dei pagamenti*, pag. 33; — **Parodi**, *Lezioni di diritto commerciale*, Genova, 1854, I, pag. 154; — **Calamandrei**, *Del fallimento*, Torino, 1893-94, num. 5 e seg.; — **Alauzet**, *Comm.*, IV, num. 2407; — **Boistel**, *Corso*, num. 895. — Per la teorica degli equipollenti, v. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 16; — **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 7406; — **Luciani**, *Fallim.*, num. 138. — Il **Bonelli**, *Commentario*, num. 46, si accosta anch'egli a questa dottrina, per quanto parta dal diverso punto di vista, che la *cessazione* sia uno *stato patrimoniale*, e non già il fatto del *non adempimento delle obbligazioni scadute*.

(1) V. **Cavo**, *Concordato*, num. 14; — **Lanni**, *I concord. amich.*, num. 29; — **Biondi**, *Concord. amich.*, num. 61; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8436 e 8445; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2066; — **Boistel**, *Cours*, num. 1068; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, num. 654.

che si dà ad un'altra gravissima questione, quella cioè se sia essenziale la solennità della scrittura, per le transazioni commerciali, e, in genere, per gli atti enumerati nell'art. 1314, quando si versi in materia commerciale, salvo la compra e vendita d'immobili, per la quale l'art. 44, ult. cap., Cod. comm. richiede la forma scritta (2). E poichè noi propendiamo a credere, colla prevalente dottrina e giurisprudenza, che l'art. 44 Cod. comm. abbia, in materia commerciale, derogato all'art. 1314 Cod. civ. (salvo per le compre e vendite di immobili) e che perciò non sia essenziale la formalità della scrittura all'esistenza delle transazioni commerciali, così riteniamo che, il concordato il quale è atto di commercio almeno per una delle parti, non abbisogna della solennità della scrittura (3).

Esclusa, in materia di concordato, la solennità della scrittura, può dunque dirsi che nessuna forma è richiesta. La volontà del debitore e dei creditori può essere manifestata in qualunque modo: per iscritto o verbalmente, espressamente o tacitamente (4). S'intende che i fatti da cui risulta l'accettazione tacita devono essere concludenti: un fatto equivoco, che può prestarsi a più interpretazioni: ad esempio, l'avere ricevuto un pagamento parziale del proprio credito, non può costituire accettazione tacita del concordato (5).

---

(2) V., per la libertà delle forme nelle transazioni commerciali: **Mattirolo**, *Trattato di diritto giudiziario civile*, Torino, 1894-97, 4ª ed., II, num. 418 e seg.; — **Lessona**, *Teoria delle prove*, Firenze, 1895-99, III, num. 119 e seg.; — **Vivante**, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1893-1901, III, num. 1054; — **Foà**, nel *Diritto commerciale*, 1898, 519 e seg.; — A. Torino, 10 aprile 1877, *Foro*, 1877, 1, 1759; — Cass. Firenze, 24 novembre 1881, *Foro*, 1881, 1, 109; — A. Genova, 10 febbraio 1882, *Eco di giurisprudenza*, 1882, 2, 132; — Cass. Torino, 2 marzo 1882, *La Cassazione*, I, 174; — Cass. Torino, 7 febbraio 1889, *La Giurisprudenza*, 1889, 118; — A. Napoli, 16 marzo 1891, *Foro*, 1891, 1, 835; — A. Venezia, 31 dicembre 1894, *Temi veneta*, 1895, 371. — Contr. **Manara**, *Gli atti di commercio secondo l'articolo 4 del Codice di commercio italiano*, Torino, 1887, num. 118 (il quale però ammette che l'art. 1314 possa essere derogato da usi contrarî, art. 1 Cod. comm.).

(3) Nel senso del testo decise l'A. Genova, 6 giugno 1893, *Giurista*, 1893, 280. L'A. Catania, 16 maggio 1892, *Foro catanese*, 1892, 97, e **Cavo**, *Concordato*, num. 15, partendo dal concetto della transazione, richiedono l'atto scritto come essenziale alla transazione.

(4) A. Parigi, 16 marzo 1882, *Jour. des faill.*, 1882, 238.

(5) Cass. francese, 20 marzo 1882, *Journ. des faill.*, Tables 1882-94, Paris, 1895, pagg. 278 e 279.

105. Diversa dalla questione della *forma* è quella della *prova* del concordato stragiudiziale. Nei casi in cui la scrittura è richiesta *ad solemnitatem*, la questione della *forma* assorbe quella della *prova:* perchè ivi la scrittura non ha solo il còmpito di costituire il diritto, ma anche quello di provarlo (6). Ma essendo il concordato stragiudiziale un contratto, in cui la scrittura non è richiesta come un requisito per la validità del negozio, sorge spontanea la domanda: Sarà ammessa ed entro quali limiti sarà ammessa la prova per testimoni?

Una dottrina abbastanza autorevole ritiene che una risposta assoluta non possa darsi. Partendo dal concetto che il concordato stragiudiziale non è un contratto unico, ma consta di gruppi di singole convenzioni, diverse per l'oggetto e per le condizioni, dirette a modificare le preesistenti, agevolandone al debitore l'esecuzione, si afferma doversi queste singole convenzioni ricollegare ai rapporti antecedenti, nei quali trovano appunto la loro causa. Ed osservando, che l'estinzione o la modificazione di un vincolo giuridico non può dimostrarsi, se non cogli stessi mezzi coi quali poteva provarsene l'esistenza, si conclude, che la prova testimoniale potrà, o non, ammettersi, secondo che il rapporto, che col singolo accordo amichevole fu estinto o modificato, poteva oppur no essere provato per via di testimoni. E ad esempio si adduce il caso dei debiti cambiarî (il più frequente appunto nella pratica), quando il creditore, ritenendo a garanzia i titoli cambiarî, ne abbuona con accordo amichevole al debitore una parte del valore, a condizione che adempia l'obbligazione per il residuo. Per provare, in questo caso, la rimessione fatta, la quale equivale a pagamento, si deve applicare la regola medesima che per la prova dei pagamenti dei titoli cambiarî. “ In conseguenza — conclude il SALVIA, acuto fautore di questa dottrina — essendo sancito, che nei giudizi cambiarî, ancorchè promossi con citazione, il debitore non può opporre eccezioni personali al creditore, *quando non siano in ogni caso fondate su prova scritta* (art. 324 Cod. comm.), la prova per testimoni, diretta a dimostrare l'avvenuta rimessione, sarebbe inammessibile „ (7).

(6) **Vivante**, *Trattato*, III, num. 1053.

(7) **Salvia**, *Sull'ammessibilità della prova testimoniale relativamente all'esistenza e condizione di quegli accordi, conosciuti sotto il nome di concordati amichevoli*, nel *Filangieri*, 1885, pagg. 675 e 676. — All'opinione del **Salvia** ha aderito il **Guariglia**, op. cit., pagg. 120 e 121.

Non aderiamo a questa dottrina. Già vedemmo che il concordato non è soltanto un nome, sotto il quale si nascondano contratti diversi e svariati, ma veramente un contratto unico, avente per caratteristica quella di consistere in una rinunzia reciproca fatta dai creditori fra loro e col debitore, a parte dei loro diritti, allo scopo di far cessare lo stato di fallimento del debitore comune. Se unico è il contratto, unica deve essere la norma legislativa applicabile alla prova di esso: e poichè, nella nostra ipotesi, si tratta di contratto commerciale per una almeno delle parti, dovrà indubbiamente applicarsi la legge commerciale (art. 54 Cod. comm.), la quale consente la prova testimoniale, quando il giudice creda di ammetterla, anche nei casi dell'art. 1341 Cod. civ. (art. 44 Cod. comm.). Nè si opponga che diversi erano i rapporti giuridici modificati dal concordato e che bisogna perciò aver riguardo alle obbligazioni antecedenti, per decidere se la modificazione o l'estinzione di esse può, o non, provarsi con testimoni. *Non è vero affatto che la modificazione o la estinzione di una obbligazione debbono provarsi negli stessi modi coi quali se ne deve provare la costituzione.* Se fosse vera questa regola, non dovrebbe ammettersi la prova testimoniale del pagamento, quando l'atto scritto era richiesto per la prova dell'obbligazione: il che è negato, salvo rarissime eccezioni, da tutta quanta la dottrina civilistica, benchè l'art. 1341 Cod. civile possa prestarsi a qualche dubbio (8). Ma in materia commerciale nessun dubbio è possibile. L'art. 44 Cod. comm. concede la stessa larghezza di prove alle *obbligazioni* commerciali ed alle *liberazioni:* e perciò anche quando solo il contratto liberatorio costituisca atto di commercio, mentre non lo era il contratto costitutivo dell'obbligazione, la liberazione si potrà provare nei modi stabiliti dal Codice di commercio. " Non v'è nel Codice — conclude ottimamente il VIVANTE — alcun precetto d'indole generale per cui un rapporto giuridico deva provarsi collo stesso mezzo con cui si è costituito: ciò vale solo eccezionalmente per ragioni speciali ad alcuni istituti (v. Cod. comm., art. 15, 19, 96, 100, 101, 374, 912).

(8) **Colmet de Santerre**, *Cours analitique de Code civil*, V, num. 315 *bis*; — **Laurent**, *Principes*, XIX, num. 481 e 483; — **Bonnier**, *Preuves*, num. 144; — **Delvincourt**, *Cours de droit civil*, II, pag. 623; — **Duranton**, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, XIII, num. 334; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil*, VIII, § 758, nota 15; — **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon. Des contrats*, VII, num. 87; — **Giorgi**, *Obbl.*, I, num. 409; — **Chironi**, *Ist.*, I, § 97.

Anzi di regola si deve ammettere più facilmente la prova della liberazione che quella dell'obbligazione (Cod. civ., art. 1137) „ (9).

Essendo inesatto il principio, le applicazioni non possono condurre che a conseguenze inesatte. Nulla di meno vero, nell'esempio addotto dal SALVIA, che il pagamento della cambiale debba risultare da prova scritta: nulla di meno vero che la rimessione o la dilazione accordata in un credito cambiario richieda la prova dell'atto scritto. L'art. 324 Cod. comm. si cita a sproposito, perchè esso concerne unicamente la *sospensione dell'esecuzione o della condanna* e per nulla affatto la *prova delle eccezioni cambiarie*. Basta leggere il capoverso integralmente per convincersene: " Tuttavia queste eccezioni personali *non possono ritardare l'esecuzione o la condanna al pagamento*, se non sono liquide o di pronta soluzione e in ogni caso fondate su prova scritta. *Ove siano di più lunga indagine*, la discussione ne è rimandata in prosecuzione di giudizio e intanto ha luogo l'esecuzione o la condanna, con cauzione o senza, secondo l'apprezzamento del giudice „. Ma nessuno ha mai dedotto da questo articolo la regola che la prova testimoniale è esclusa nei giudizi cambiarî! (10).

§ 4. — **Effetti.**

Sommario: 106. Effetti del concordato amichevole sui rapporti obbligatorî fra debitore e creditori. Effetti sulle obbligazioni dei coobbligati e fideiussori: opinione dominante. — 107. Nostra opinione. — 108. Obbiezioni alla nostra dottrina e loro confutazione. — 109. Riserva di ogni diritto contro i fideiussori.

106. Il concordato amichevole è, al pari di quello obbligatorio, un contratto a titolo oneroso (1), senza effetto novativo sulle ante-

---

(9) **Vivante**, *Trattato*, III, num. 1049.

(10) Che l'art. 324 riguardi solo la sospensione della condanna o dell' esecuzione e non anche la prova delle eccezioni cambiarie è certo. V., per tutti, **Vivante**, *Trattato*, IV, num. 1830. — L'opinione adottata nel testo, che il concordato stragiudiziale, essendo atto di commercio, possa provarsi con testimoni, secondo l'art. 44 Cod. comm., è accolta dalla giurisprudenza e dalla maggioranza degli autori: V. A. Genova, 6 giugno 1893, *Giurista*, 1893, 280; — A. Bourges, 14 agosto 1882, *Journ. des faill.*, 1882, 612; — **Cazzeri**, *Comm.*, num. 833; — **Biondi**, *Concord. amich.*, num. 48; — **Lanni**, *Dei concord. amich.*, num. 11, pag. 391; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8437; — **Masè Dari**, *Commento*, pag. 205.

(1) V. num. 90 e **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 658.

cedenti obbligazioni (2), la cui efficacia sulle obbligazioni medesime non è già di estinguerle, sia pure parzialmente, per rimessione, ma di creare, a favore del debitore, una eccezione personale (*pactum de non petendo*) (3), che infine, lascia sussistere dietro di sè una obbligazione naturale per la parte dei crediti, a cui si è rinunziato (4).

Tutto ciò è inerente alla natura giuridica del concordato amichevole, anche stragiudiziale, il quale, come contratto, non differisce in nulla, di regola, dal concordato obbligatorio. Nè, su questi punti fondamentali, dopo quanto se ne è discusso largamente nella parte generale della presente trattazione, occorre qui insistere più a lungo. Il solo punto, su cui possono sorgere dubbî, è la condizione giuridica dei fideiussori e coobbligati di un debitore che ha concluso un concordato stragiudiziale.

La condizione dei coobbligati e fideiussori nel concordato di fallimento è disciplinata chiaramente dall'art. 792 Cod. comm., il quale, sulle traccie dell'art. 545 *Code de commerce*, dichiara che " i creditori conservano la loro azione per l'intiero loro credito contro i coobbligati o i fideiussori del fallito, ancorchè questi abbia ottenuto un concordato ed essi vi abbiano volontariamente consentito ". Per il concordato stragiudiziale, naturalmente, nessuna esplicita disposizione legislativa. Quali norme saranno dunque applicabili?

Partendo dal concetto che il concordato stragiudiziale si risolve sempre in una novazione delle antiche obbligazioni, da qualche autore si è fatto ricorso all'art. 1277 Cod. civ., per il quale la no-

---

(2) V. num. 86. — È escluso, s'intende, il caso, in cui la novazione fu sicuramente e particolarmente voluta dalle parti: **Guariglia**, *Concordato*, pagg. 125 e 126; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 833; — **Biondi**, *Concord. amich.*, num. 78. — Contr. **Vidari**, *Trattato*, IX, num. 8442; — **Lanni**, *Dei concord. amich.*, num. 15; — **Cavo**, *Concordato*, num. 11.

(3) V. num. 87.

(4) V. num. 88. — Il **Bolaffio**, *I componimenti privati* (num. 4, *sub d*), afferma, senza però insistervi troppo, che il concordato amichevole estingue completamente i debiti, e non lascia sussistere obbligazioni naturali. Ma, come giustamente osservano i signori **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 658, anche nel concordato amichevole manca l'*animus donandi* nei creditori che assentirono ad un sagrifizio per evitare guai peggiori: non vi è perciò *liberalità*, ma rinunzia a titolo oneroso alla quale persiste una obbligazione naturale (Nello stesso senso v. **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2100).

vazione libera così il condebitore solidale come il fideiussore, salvo che il creditore abbia richiesto l'adesione del condebitore o del fideiussore, e questi abbia ricusato (5). Noi già vedemmo che il carattere novativo non è essenziale al concordato, il quale, anzi, nelle sue forme tipiche, non produce nessuna novazione delle antiche obbligazioni (6). Non è escluso certo però, specie nel concordato stragiudiziale, che può racchiudere convenzioni diverse e svariate, il caso di novazione delle obbligazioni preesistenti: ed in questo caso, *ma in questo caso soltanto*, *tutto particolare*, l'art. 1277 potrebbe trovare applicazione. Di regola, bisogna escludere la novazione e dall'articolo in parola non può trarsi alcuna norma sulla condizione dei coobbligati e dei fideiussori.

Ma la grandissima maggioranza degli autori e le decisioni dei tribunali francesi che si sono occupati della questione, preferiscono, dichiarata l'inapplicabilità dell'art. 792 Cod. comm. it. (545 *Code de commerce*), attenersi alle disposizioni degli articoli 1281, 1282, 1283 Codice civile italiano (corrispondentemente degli articoli 1285, 1287 *Code civil*), i quali disciplinano gli effetti della *rimessione* concessa ad uno dei condebitori in solido e al debitore principale, ispetto agli altri coobbligati ed al fideiussore (7). E ne concludono perciò:

a) quanto ai coobbligati in solido, che il concordato stragiudiziale portante rinunzia dei creditori ad una parte dei loro crediti, libera i coobbligati, a meno che non vi sia stata *espressa riserva* da parte dei creditori, di voler mantenere integri i loro diritti contro gli altri obbligati (art. 1281 Cod .civ.);

---

(5) **Lanni**, *Dei concord. amichevoli*, num. 17.

(6) V. num. 86.

(7) A. Caen, 10 giugno 1868, *Dalloz*, 1868, 2, 97; — Cass. franc., 30 marzo 1869, *Dalloz*, 1869, 1, 512; — A. Digione, 9 marzo 1883, *Journ. des faill.*, 1883, 312; — A. Grenoble, 14 gennaio 1884, *Journ. des faill.*, 1884, 564; — Trib. comm. Senna, 9 aprile 1884, *Journ. des faill.*, 1886, 89; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 657; — **Thaller**, *Traité élém.*, 5ª ed., num. 2107; — **Boistel**, *Cours*, num. 1068; — **Pardessus**, *Cours de droit commercial*, III, num. 1247; — **Laurent**, *Principes*, XVIII, num. 371 (di diversa opinione però *de iure condendo*); — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 323, nota 26; — **Crome**, *Die Grundlehren*, pag. 379, nota 51; — **Fourcade**, *Des faillites non déclarées*, pag. 29; — **Bolaffio**, *I componimenti privati*, num. 4; — **Lanni**, *Dei concord. amichevoli*, num. 18 e 19; — **Guariglia**, *Concordato*, pag. 126; — **Biondi**, *Concord. amich.*, num. 82; — **Vidari**, IX, num. 8435.

b) *quanto ai fideiussori*, che il concordato parzialmente liberatorio stipulato col debitore principale, giova ai fideiussori: mentre quello stipulato col fideiussore non giova al debitore principale e agli altri confideiussori giova solo per la parte per cui fu liberato (art. 1282, 1283 Cod. civ.).

107. Malgrado la imponente autorità, per numero e per valore di fautori, con cui si presenta questa dottrina, noi ci permetteremo di enunciare una opinione, che se ne discosta radicalmente: noi crediamo che gli art. 1281, 1282, 1283 Cod. civ. non possano trovare applicazione ai concordati stragiudiziali; che non le disposizioni del Codice civile sulla rimessione, ma piuttosto l'art. 752 Cod. comm. possa, per analogia, invocarsi nella soluzione della nostra controversia: e che, per ciò, il *concordato stragiudiziale non esercita alcuna influenza nei rapporti fra il creditore assenziente e i coobbligati e fideiussori del debitore* (8).

Richiamiamo qui, anzitutto, quanto dicemmo nella Parte generale intorno alla natura giuridica del concordato come contratto. Vedemmo che il concordato, amichevole ed obbligatorio, giudiziale e stragiudiziale, presuppone sempre *lo stato di fallimento del debitore*, vale a dire uno stato *di perdita pei creditori* (9). Vedemmo che non vi è concordato senza un sagrifizio dei creditori fatto allo scopo di far cessare lo stato di fallimento e di evitare così perdite e disastri maggiori (10). Vedemmo anche che nel concordato i creditori non agiscono per spirito di liberalità, ma per ottenere, nella rovina del debitore, ciò che è più possibile dei loro crediti. Vedemmo che, per ciò, il concordato non è un contratto a titolo gratuito o di beneficenza, ma un contratto a titolo oneroso (11). Vedemmo infine che le rinunzie fatte dai creditori nel concordato, anche quando portino ad esimere il debitore da una parte dei suoi debiti, non hanno nulla di comune colla *rimessione propriamente detta*: esse non estinguono l'obbligazione, ma costituiscono una eccezione personale a favore del debitore: si risolvono in un *pactum de non petendo* (12).

---

(8) Questa opinione, che io mi sappia, non è professata che dal **Salvia**, *Sull'ammessibilità della prova testimoniale* ecc., *Filangieri*, 1885, pag. 673, *nota*.

(9) V. num. 1.

(10) V. num. 84.

(11) V. num. 90.

(12) V. num. 87.

Tutto ciò abbiamo affermato e largamente cercato di dimostrare nella parte generale della nostra trattazione. Tutto ciò è vero così per il concordato obbligatorio che per il concordato amichevole, così per il concordato di fallimento che per il concordato preventivo. Troppo abbiamo insistito sulla unicità del concetto di concordato, perchè occorra qui aggiungere molte parole. Ci limiteremo pertanto ad enunciare schematicamente le differenze che separano il concordato stragiudiziale dalla rimessione convenzionale disciplinata dagli art. 1281-1285 Cod. civ.: *a)* la gratuità è essenziale alla rimessione, secondo il concetto della legge (13): il concordato amichevole stragiudiziale è sempre un contratto a titolo oneroso (14); *b)* la rimessione estingue completamente l'obbligazione; il concordato amichevole stragiudiziale lascia dietro di sè una obbligazione naturale (15); *c)* la rimessione non può essere, di regola, parziale (16); il concordato non può contenere che rinunzie parziali (17). — Dato dunque che non si tratta, nel concordato stragiudiziale, della rimessione disciplinata dal Codice civile, perchè applicare ad esso norme scritte nella legge per un negozio giuridico totalmente diverso? Se nessun precetto legislativo disciplina espressamente questa specie di concordato, noi dovremo piuttosto far ricorso alle disposizioni regolanti casi simili o materie analoghe (art. 3 disp. prel. Codice civile). Ma quale istituto ha maggiore analogia col concordato stragiudiziale che il concordato di fallimento? Nelle disposizioni del Codice di commercio sul fallimento noi troveremo certo la disci-

---

(13) V. citazioni fatte al num. 87, nota 13.

(14) Quegli stessi autori, che applicano al concordato amichevole le norme della rimessione, sono unanimi nel convenire sulla sua *onerosità:* V. **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 658; — **Fourcade**, *Des faillites non déclarées*, num. 28; — **Boistel**, *Cours*, num. 1068; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2100; — **Lanni**, num. 8 (impl.); — **Laurent**, *Principes*, XVIII, num. 371; — **Biondi**, *Concord. amich.*, num. 49 e 50 (il quale anzi afferma esplicitamente che il concordato non ha nulla di comune colla rimessione!).

(15) Dicasi per l'obbligazione naturale, sopravvivente al concordato amichevole, quello che si è detto per la sua onerosità. Gli autori generalmente ammettono l'obbligazione naturale: V. **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2100; — **Fourcade**, *Des faillites non déclarées*, num. 27; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 658. — Solo il **Bolaffio**, *I componimenti privati*, num. 4, nega, con molta coerenza, l'obbligazione naturale.

(16) V. num. 87.

(17) V. num. 87.

plina giuridica più atta al concordato stragiudiziale. Senza contare che, essendo il concordato un contratto commerciale, un precetto esplicito di legge impone di non ricorrere alle norme del diritto civile che nel silenzio della legge commerciale (art. 1 Cod. comm.). Se pure dunque le rinunzie del concordato stragiudiziale si potessero considerare come rimessioni, nel senso del Codice civile, *l'esistenza nel Codice commerciale di una disposizione, quella dell'art. 792, disciplinante gli effetti delle rimessioni concordatarie, dovrebbe bastare ad escludere l'applicazione degli art. 1281 e s. Codice civile*, perchè è canone fondamentale di ermeneutica che *non si può ricorrere alla fonte sussidiaria, se non quando sia esaurita l'interpretazione della fonte principale*, e che, perciò, *l'analogia desunta dalla legge commerciale deve prevalere al diritto civile* (18).

Nè può negarsi l'affinità strettissima tra il concordato stragiudiziale e quello di fallimento. Dicemmo a suo tempo della unità del concetto di *concordato*. Ed ora dimostreremo che *la condizione giuridica per la quale la legge ha dettato la norma dell'art. 792 nel concordato di fallimento si verifica identicamente nel concordato amichevole stragiudiziale.*

Osserva giustamente il Thaller che il concordato non ha altro scopo che quello di *fissare il dividendo* del fallimento: non si deve isolare il concordato dalla procedura collettiva, di cui è il termine: esso è la risultante del fallimento, come lo sarebbe la ripartizione, a liquidazione finita. Ora *il fallimento del debitore non estingue il debito:* tutt'altro, i coobbligati solidali non solo restano egualmente obbligati di fronte al creditore, ma debbono fra di loro ripartirsi per contributo la perdita derivante dall'insolvenza del condebitore (art. 1199 Cod. civ.); e l'obbligazione del fideiussore trova allora la sua maggiore ragion d'essere. In questa condizione di cose, non si capirebbe perchè il concordato, il quale non fa che liquidare in anticipazione il dividendo che toccherà a ciascun creditore, dovesse togliere di mezzo l'obbligazione dei condebitori in solido e dei fideiussori. Illogica sarebbe una disposizione diversa da quella dell'articolo 792 (545 del *Code de commerce*) (19).

La condizione delle cose è identica nel concordato amichevole stragiudiziale. Anche il concordato stragiudiziale presuppone lo stato

---

(18) **Vivante**, *Trattato*, I, num. 3, 13 e 16.
(19) **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2106.

di fallimento del debitore: quello stato patrimoniale cioè in cui i creditori sono esposti ad una *perdita* (20). Che il fallimento non sia stato ancora giudizialmente dichiarato non importa per le condizioni dei coobbligati in solido e dei fideiussori: basta la posizione imbarazzata del debitore per rendere più grave ed attuale la loro responsabilità, più necessaria e rispondente allo scopo la loro obbligazione. E il concordato amichevole stragiudiziale, al pari di quello giudiziale, ha lo scopo di liquidare, con una maggiore anticipazione, con minor pubblicità, con maggior risparmio di spese, il dividendo che spetta a ciascun creditore sull'attivo del debitore. Ora, anche qui, *perchè questa ripartizione anticipata dell'attivo* (in cui si risolve il concordato stragiudiziale) *deve influire sulla obbligazione dei creditori in solido e dei fideiussori?* Far venir meno la garanzia, quando è più necessaria, e *quando è giunto il momento in vista del quale appunto fu costituita*, è il colmo dell'illogicità. A questo conduce il voler applicare ad un istituto giuridico norme scritte dalla legge per un istituto totalmente diverso! (21).

108. Si oppone che, di fronte alla regola contenuta negli art. 1281 e seg. Cod. civ., l'art. 792 Cod. comm. costituisce una disposizione eccezionale, che non può estendersi oltre i casi in essa tassativamente indicati. Nulla di meno vero, data la natura e gli scopi così degli art. 1281 e seg. Cod. civ., come dell'art. 792 Cod. comm. La rimessione è un negozio giuridico bilaterale: il quale va interpretato secondo la comune intenzione delle parti (Cod. civ.: art. 1123, 1124, 1131): questa è la *regola*. Gli art. 1281, 1282, 1283, dalla natura della rimessione desumono alcune norme particolari per la interpretazione della volontà delle parti: norme *interpretative*, le quali, *poichè vengono a restringere la libertà delle forme della dichiarazione di volontà* (ad es., l'art. 1281 prescrive che il creditore il quale vuole mantenere i suoi diritti contro il condebitore in solido deve dichiararlo *espressamente*) *e la libertà del giudice nell'apprezzamento della volontà dei contraenti*, *debbono considerarsi come eccezionali* ed applicarsi quindi restrittivamente (art. 4 disp. prel.).

---

(20) V. num. 1 testo e nota 1.

(21) Altre assurde conseguenze della dottrina combattuta nel testo si hanno nel caso di risoluzione del concordato per inadempimento: sulle quali vedi num. 113, nota 17.

E l'applicazione restrittiva tanto più si rende necessaria, quando si consideri che la rimessione è una specie particolare di rinunzia (22), e che la rinunzia non si presume (23). — Questo stesso principio che tutte le rinunzie sono di stretta interpretazione, ci spiega la vera natura dell'art. 792 Cod. comm. Il quale non è una disposizione eccezionale, ma una semplice applicazione di quella regola. Se, data la natura essenzialmente gratuita della rimessione, la rimessione operata di fronte ad uno dei condebitori in solido può far giustamente presumere l'intenzione di voler liberare anche gli altri coobbligati, e quella fatta al debitore principale l'intenzione di liberare il fideiussore (qui soccorre anche la natura *accessoria* dell'obbligazione), il carattere essenzialmente oneroso della rinunzia di concordato non giustifica più quella presunzione, ma impone il ritorno alla regola generale. E l'art. 792 rappresenta non altro che la formulazione legislativa, fatta solo per evitare dubbî dovuti ad una imperfetta analisi della natura delle rinunzie concordatarie, della regola generale che le rinunzie non si presumono e sono di stretta interpretazione.

Si oppone che, venuta meno l'obbligazione del debitore principale, deve cadere anche quella del fideiussore, non potendosi concepire obbligazione accessoria senza la principale (art. 1899 Cod. civ.). Ma bisogna osservare che qui non si tratta di *costituire* fideiussione per una obbligazione inesistente o nulla: ciò che vieta appunto l'art. 1899 Cod. civ. Si tratta di un creditore, che ha di fronte un debitore in *istato di fallimento* (questo essendo il presupposto necessario del concordato), e che invece di attendere la dichiarazione giudiziale, *preferisce ricevere subito ciò che può spettargli dell'attivo del*

---

(22) V. **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 323; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, § 304.

(23) Che gli art. 1281-1284 Cod. civ. abbiano un valore interpretativo è ammesso da tutti i civilisti. — V. **Demolombe**, *Cours du Code civil*, XXVIII (V del *Traité des contrats*), num. 457; — **Giorgi**, *Obbl.*, VII, num. 328; — **Laurent**, *Principes*, XVIII, num. 372. — Aggiungiamo, che l'art. 1281, oltre a interpretare la volontà delle parti, ha anche stabilito una *presunzione*, la quale non può essere combattuta che con una dichiarazione *espressa*. Il carattere interpretativo è evidente nella disposizione del Codice civile germanico, corrispondente a quelle del nostro art. 1281: v. § 423: " Una rimessione convenuta tra il creditore e un debitore in solidó opera anche per gli altri debitori, *se i contraenti volevano togliere l'intera obbligazione* ". — V. anche **Endemann**, *Lehrb. d. deutschen bürgerlichen Rechts*, pag. 689, nota 14.

debitore, con risparmio di tempo e di spese. Si tratta di una vera transazione, in cui il debitore dà ciò che l'azione giudiziaria potrebbe far conseguire al creditore, e questi rinunzia all'azione medesima: rinunzia all'azione, perchè ne ha ricevuto l'equivalente, non già al suo diritto di credito, che nulla gli vieta di esercitare per il residuo contro il fideiussore. Sarebbe identico il caso se il creditore, avendo intrapreso gli atti esecutivi contro il debitore, e riuscendo questi infruttuosi, li abbandonasse contro il pagamento di una parte del credito: chi oserebbe sostenere che egli perde con ciò il diritto di rivolgersi per il residuo al fideiussore? Non bisogna dimenticare che il debitore è in *istato di fallimento,* che appunto per questo caso la fideiussione è costituita (art. 1907), che chi cerca di ottenere quanto è possibile dal debitore insolvente, lo faccia mediante un'azione giudiziaria, o mediante una transazione chiamata concordato, non intende *estinguere il credito*, ma esercitare il suo diritto verso il debitore, nell'interesse dello stesso fideiussore. Del resto, a nessuna conseguenza illogica o contraria alla severità dei principî conduce l'art. 792 Cod. comm. per il concordato di fallimento; *perchè dovrebbe condurvi quando si tratta di applicarlo per analogia a una condizione giuridica perfettamente identica?* Si aggiunga, che, prima della legge francese del 1838, sotto l'impero del Codice di commercio del 1808, muto sulla questione che ci preoccupa, la dottrina e la giurisprudenza francesi ammettevano che i creditori non assenzienti al concordato conservassero l'azione contro i coobbligati e fideiussori (24), segno che non sembrava per nulla antigiuridica la condizione di un creditore che esercitava l'azione verso il fideiussore, dopo di avere ottenuto il possibile dal debitore ed aver rinunziato ad un'azione che oramai era ridotta a non valere più nulla.

Si oppone infine che il beneficio della rinunzia a parte del credito a cui il creditore ha consentito, si ridurrebbe ad una mera illusione per il debitore, quando questi fosse esposto al regresso del fideiussore: che se si volesse negare al fideiussore il regresso contro il

---

(24) **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2103; — **Boulay-Paty** anzi, *Traité des faillites et banqueroutes*, Bruxelles, 1834, num. 293, riteneva, anche sotto l'impero del Codice del 1808, che il concordato non liberasse in *nessun caso* i coobbligati e fideiussori, perchè anche i creditori assenzienti non dànno il loro assenso *spontaneamente*, ma *costretti* dalla necessità delle cose.

debitore concordatario, si riconoscerebbe come efficace di fronte a lui un contratto, al quale egli non ha partecipato.

Questa obbiezione, che riconosco seria, non è però invincibile. Al fideiussore di un debitore concordatario che ha pagato, intanto, si deve indubbiamente concedere il regresso contro il debitore principale: il concordato è per lui *res inter alios* e non deve essere lecito al creditore, d'accordo col debitore, di privare il garante di un diritto che gli spetta per forza di legge (art. 1915 Cod. civ.) senza il suo consenso. D'altro canto il debitore non può lagnarsi di vedersi esposto al regresso: egli sa di dovere quella determinata prestazione, e di doverla a due persone alternativamente: al creditore, se egli ha *attualmente* beni sufficienti per soddisfarlo: al fideiussore se non ha tali beni ed il creditore si è rivolto a questi (art. 1907 Cod. civ.). Se dunque egli vuole completamente esimersi dall'obbligazione mediante il concordato stragiudiziale, deve farvi intervenire non solo il creditore *attuale*, ma anche il creditore *eventuale*, cioè il fideiussore. Questi ha l'identico interesse del creditore alla conclusione del concordato: quanto maggiore è la quota che spetta al creditore nella ripartizione amichevole del patrimonio del debitore, tanto minore è la parte che resta a suo carico, dopo aver soddisfatto il creditore. Anche a lui conviene, come al creditore, di rinunziare all'esercizio del suo diritto di regresso per l'intero, allo scopo di ridurre al minimo la parte di debito che deve pagare. *Dato lo stato di fallimento* del debitore, che gli importa il suo diritto di regresso? Acconsentirà ben volentieri a non esercitarlo, purchè il suo debito sia diminuito. Il suo intervento nel concordato è perciò utile, ed è, anche, necessario, quando si consideri che non può dirsi regolarizzata la condizione di un credito i cui titolari sono due, l'uno *attuale* e l'altro *eventuale*, finchè ambedue non hanno assentito al concordato in cui è assegnata a quel credito una parte dell'attivo del debitore.

109. La soluzione da noi data alla questione precedente, rende oramai senza interesse, l'altra questione, molto dibattuta anche fra gli autori di diritto civile, sulla *possibilità per il creditore di riservarsi, mediante dichiarazione espressa, tutti i suoi diritti* contro il fideiussore del debitore concordatario. È noto che l'art. 1281 Cod. civ. accorda la facoltà della riserva espressa al creditore contro i coobbligati in solido del debitore: mentre l'art. 1282 tace intorno

alla possibilità di una simile riserva di fronte ai fideiussori. Per noi, che ammettiamo la conservazione dei diritti anche senza riserva espressa, non ci può essere dubbio sulla possibilità della riserva anche di fronte ai fideiussori. Ma ciò solo a patto di considerare le rinunzie di concordato come qualche cosa di affatto diverso dalla rimessione. Considerandole come rimessioni, cadenti perciò sotto il dominio degli art. 1281, 1284 Cod. civ., la conclusione non potrebbe essere che opposta. Nella rimessione ordinaria, la riserva contro il fideiussore è inammissibile, non pei deboli argomenti *a contrario* che si possano dedurre da un confronto tra gli art. 1281 e 1282 Cod. civ., ma vuoi per la natura stessa di atto di liberalità inerente alla rimessione, la contraddizione non consentendo che si doni da una parte ciò che si pretende indirettamente dall'altra a mezzo del fideiussore, vuoi per la natura accessoria della fideiussione, il fideiussore essendo tenuto solo *eventualmente*, quando il debitore principale sia nell'impossibilità di pagare (art. 1907, 1908, 1909 Cod. civ.) (25).

§ 5. — Risoluzione ed annullamento.

Sommario: 110. Che s'intenda per risoluzione e che per annullamento. — 111. Risoluzione per inadempimento. — 112. Pretesa risoluzione per successiva dichiarazione di fallimento. — 113. Effetti della risoluzione. — 114. Annullamento. — 115. Effetti della sopravvenienza di nuovi creditori e della dichiarazione di fallimento sul concordato concluso.

110. Il concordato stragiudiziale, al pari di ogni altro contratto, può cadere per due cause: *risoluzione* ed *annullamento*. La

(25) Ed infatti i civilisti sono concordi nel ritenere inammissibile la riserva nella rimessione ordinaria: V. **Giorgi**, *Obbl.*, VII, num. 328; — **Troplong**, *Traité du cautionnement*, Bruxelles, 1846, num. 505; — **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon*, XXVIII, num. 462; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 323, nota 23; — **Zachariä-Crome**, *Handb. d. französischen Civilrechts*, II, § 304, nota 17; — **Crome**, *Die Grundlehren*, pag. 379, nota 51. — Nel concordato stragiudiziale la possibilità della riserva è negata da **Bolaffio**, *I componimenti privati*, num. 5; — da **Guariglia**, *Concordato*, pag. 126; — da **Lanni**, *Dei concord. amich.*, num. 29; — da **Fourcade**, *Des faillites non déclarées*, num. 29. — È ammessa da **Laurent**, *Principes*, XVIII, num. 371; — da **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 657; — da **Bertauld**, *Nota* nel *Dalloz*, 1868, 2, 97.

risoluzione ha luogo, quando il concordato, posto in essere validamente, vien meno per effetto di una condizione risolutiva in esso contenuta: l'*annullamento* ha luogo, quando il concordato è sorto con un vizio di origine che ne infirma la validità, e che, fatto valere, annulla il contratto.

111. *Risoluzione.* — Il concordato stragiudiziale, come ogni altra specie di concordato, è un contratto bilaterale o sinallagmatico (1): in esso la rinunzia di ciascun creditore ha la sua causa dalla rinunzia degli altri e nella promessa del debitore (2). Dalla bilateralità del contratto deriva che, anche nel concordato stragiudiziale, è sottintesa la condizione risolutiva tacita dell'art. 1165 Cod. civ. E perciò l'inadempimento di una delle parti dà diritto all'altra di domandarne lo scioglimento che deve essere pronunziato dal giudice. Questi non può concedere alla parte inadempiente nessuna dilazione, perchè il concordato stragiudiziale è atto di commercio (art. 1165 Cod. civ.: art. 42 Cod. comm.).

La risoluzione può essere domandata da qualunque delle parti contraenti, in caso di inadempimento di una delle altre parti. E perciò può essere domandata:

a) da ciascun creditore, in caso di inadempimento del debitore: per es.: se egli non paga al termine stabilito;

b) da ciascun creditore, in caso di inadempimento da parte degli altri creditori. Così, se qualcuno dei creditori ottenga o voglia ottenere più di ciò che gli è assegnato in contratto o si immischi nella liquidazione del patrimonio del debitore confidata di comune accordo ad una terza persona (3);

c) Infine, a rigore, potrebbe domandare la risoluzione anche il debitore, in caso di inadempimento di uno dei creditori. — Ipotesi veramente rarissima a verificarsi, sia perchè difficilmente il debitore può avere interesse a ottenere la risoluzione: sia perchè raramente un creditore si renderà inadempiente verso il debitore.

S'intende che i creditori non intervenuti nel contratto non avranno alcuna facoltà di domandarne la risoluzione. Potranno in qualche caso, farlo annullare — come vedremo in seguito — ma il diritto di chiederne la risoluzione spetta solo ai contraenti e ai loro aventi causa.

---

(1) V. num. 90.

(2) V. num. 93 e 99 e **Fourcade**, *Des faillites non déclarées*, num. 31.

(3) **Fourcade**, *Des faillites non déclarées*, num. 31.

Il contraente leso nell'inadempimento non può domandare la risoluzione dell'*intero contratto*. La condizione non è che *un modo di essere della volontà:* la dichiarazione condizionata di volontà è " la dichiarazione di una volontà dotata di qualità speciali " (4), e nel caso nostro il particolare contenuto della volontà sta in ciò, che il contraente vuole l'obbligazione che assume verso ciascuno degli altri contraenti solamente fino a che questi adempie alla sua volta alla obbligazione contratta. Da ciò la conseguenza che l'avverarsi della condizione, cioè l'inadempimento, non scioglie tutto il contratto, non risolve cioè tutte le obbligazioni reciprocamente assunte da ogni contraente con ciascuno degli altri, ma risolve, di per sè, solamente *il vincolo obbligatorio intercedente tra il contraente leso dall'inadempimento e l'inadempiente.* La regola è perciò questa: che il contraente leso dall'inadempimento può chiedere la risoluzione del contratto (meglio: del vincolo obbligatorio creato dal contratto) nei suoi rapporti coll'inadempiente. Non importa che il *contratto* sia *unico:* le *obbligazioni create dal contratto* sono *più:* e ciò basta perchè la risoluzione chiesta da un solo contraente non abbia che un effetto limitato. Ma l'unicità del contratto: il nesso reciproco strettissimo che lega le varie obbligazioni in un fascio, spiega effetti anche nella risoluzione domandata da un singolo contraente. Di questa connessità tra le diverse obbligazioni nascenti dal contratto, abbiamo più volte parlato. Qui ci basti osservare in qual modo operi una tale connessità nel concordato stragiudiziale:

a) il debitore si obbliga con ciascun creditore;

b) ciascun creditore si obbliga contemporaneamente col debitore e con ciascuno degli altri creditori.

---

(4) **Windscheid**, *Pandekten*, § 86, nota 3 *a*. — Si suol dire che si tratta di una autolimitazione " della volontà " o " degli effetti giuridici della volontà ". V. **Windscheid**, § 86; — **Savigny**, *System des heutigen röm. Rechts*, III, §§ 114 e 116; — **Hölder**, *Pand.*, § 47; — **Baron**, *Pand.*, § 52, pag. 97; — **Bonfante**, *Ist.*, § 26, pag. 61; — **Fadda** e **Bensa**, *Note* al **Windscheid**, pag. 940 e seg. — Questo concetto è disputato (v. per es.: contro **Bekker**, *Syst. des heutigen Pand. R.*, II, § 115, Beil. II, pag. 325 e seg.): ma l'accordo è completo su quanto è affermato nel testo, che la condizione è un modo di essere della volontà: V. oltre **Windscheid**, *Pand.*, § 86; — **Fadda** e **Bensa**, pag. 946, *sub* II; — **Enneccerus**, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, pagg. 183, 185 e seg.; — **Dernburg**, *Pand.*, 5ª ed., § 105, nota 8; — **Regelsberger**, *Pand.*, I, § 151, nota 3; — **Giorgi**, *Obbl.*, IV, num. 292.

Si tratta dunque di un fascio di obbligazioni, ognuna delle quali parte da un creditore, comprende tutti gli altri creditori, e fa capo al debitore. Il debitore è il punto di arrivo di tutte le varie obbligazioni, di cui ciascun creditore costituisce il punto di partenza diverso.

Ma se le obbligazioni costituite mediante il contratto sono diverse, ciascuna di esse è unica e inscindibile: ciascuno dei creditori non si obbliga soltanto col debitore, o soltanto con questo o con quel creditore, ma insieme *con tutti i creditori intervenuti nel contratto e col debitore.* Da ciò due conseguenze evidenti, ma d'importanza capitale:

a) non può un creditore essere vincolato agli altri creditori, senza esserlo contemporaneamente al debitore;

b) non può un creditore essere vincolato al debitore senza esserlo contemporaneamente a tutti gli altri creditori intervenuti nel contratto.

Questi due principî ci dànno la misura della vera portata della risoluzione del vincolo obbligatorio tra il contraente leso dall'inadempimento e l'inadempiente. La quale, per la unicità ed inscindibilità già notata della obbligazione risoluta, non può restringere i suoi effetti a chi ha domandato la risoluzione ed al contraente inadempiente, ma si ripercuote necessariamente sugli altri contraenti. Bisogna perciò distinguere le tre ipotesi possibili già ricordate: risoluzione chiesta dal debitore contro un creditore; risoluzione chiesta da un creditore contro il debitore; risoluzione chiesta da un creditore contro un creditore. La condizione dei fideiussori o garanti che siano potuti intervenire nel contratto è identica a quella del loro debitore principale: la condizione di chi si sia accollato in tutto o in parte le obbligazioni del debitore è identica a quella del debitore:

a) il debitore, risolvendo il vincolo che lo lega al creditore inadempiente, risolve necessariamente il vincolo che lega quel creditore agli altri creditori (conseguenza del principio di cui alla lett. *a*). Non risolve invece necessariamente il vincolo che lega esso debitore agli altri creditori. La condizione si è verificata rispetto ad una sola delle obbligazioni costituenti il fascio che fa capo al debitore: non c'è ragione perchè le altre ne restino vulnerate. Escluso dal concordato un creditore (questo è l'effetto pratico della risoluzione di cui parliamo), il concordato può benissimo sussistere

cogli altri, perchè, come sappiamo, l'intervento di tutti i creditori non è affatto essenziale all'esistenza del concordato stragiudiziale (5);

β) il creditore, risolvendo il vincolo che lo lega al debitore inadempiente, risolve necessariamente il vincolo che lo lega agli altri creditori. Anche questa è una conseguenza del principio di cui alla lettera *a*). Venuto meno il vincolo col debitore, non ha ragion d'essere quello cogli altri creditori;

γ) il creditore, risolvendo il vincolo che lo lega ad un altro creditore inadempiente, risolve necessariamente il vincolo che lega lui al debitore ed agli altri creditori. Conseguenza del principio, di cui alla lettera *b*), perchè vi è vincolo solo tra debitore e creditore negli accordi isolati, non nel concordato, in cui ogni creditore contratta cogli altri creditori (6).

Traducendo in una formola sintetica tutte queste osservazioni sulla *risoluzione parziale,* diremo che *l'inesecuzione del contratto da parte del debitore verso un creditore o di un creditore verso un altro creditore, dà luogo alla risoluzione del contratto riguardo al creditore leso dall'inadempimento, il quale avrà diritto di recederne e di considerarlo come mai avvenuto*; *mentre invece l'inesecuzione del contratto da parte di un creditore verso il debitore produrrà la risoluzione del contratto riguardo al creditore inadempiente, il quale sarà escluso dal contratto e si considererà come se non vi avesse mai partecipato* (7).

Come conseguenza naturale di questo effetto che l'inesecuzione da parte di un contraente produce sull'unica obbligazione che lo lega al contraente leso ed agli altri contraenti, colui, debitore o creditore, che domanda la risoluzione parziale del contratto, deve procurarsi il contradittorio non del solo contraente inadempiente, ma di tutti coloro che intervennero nel concordato (8). E perciò la

(5) V. num. 99.

(6) V. num. 93.

(7) Il concetto di questa risoluzione parziale si trova forse embrionalmente accennato dai signori **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 661, nota 1, quando affermano: " On semble conduit ainsi à donner au jugement qui statue sur la demande en nullité ou en résolution de concordat amiable des effets plus ou moins étendus selon le sens dans lequel il est rendu ". Benchè poi dichiarino che il concordato cade totalmente, perchè divenuto mancante del concorso di tutti i creditori.

(8) Disconoscendo il vincolo giuridico che lega tra loro i creditori intervenuti in un concordato amichevole e confondendo concordato amichevole ed accordo isolato, la Cass. Torino, 31 gennaio 1893, *Cons. Comm.*, 1893, 315, decise che

Dovrebbe annullarsi ogni contratto che non consegue uno qualunque degli scopi per cui ciascuno dei contraenti ha contrattato (14)! Solo quando la dichiarazione di fallimento fosse avvenuta perchè le parti erroneamente credettero che le rinunzie fatte fossero sufficienti a far cessare lo stato di fallimento, mentre non lo erano, e questa falsa credenza costituisse un errore *scusabile* e *sostanziale*, potrebbe il consenso viziato essere annullato per *errore* (art. 1110 Cod. civ.) (15): ma non già per l'avveramento di una pretesa condizione risolutiva tacitamente voluta dai contraenti. Del resto, la dichiarazione di fallimento presuppone la impotenza a pagare, e quindi l'inadempimento: e perciò ai contraenti lesi dall'inadempimento spetterà sempre il rimedio assai efficace della risoluzione per inadempimento (16).

113. La risoluzione del concordato rimette le parti, rispetto alle quali è pronunciata, nelle condizioni in cui si trovavano prima della sua conclusione. A questo proposito è per noi senza interesse la questione, assai dibattuta fra gli autori, se, risoluto il concordato, rivivano le obbligazioni dei fideiussori e coobbligati anteriori al concordato. Abbiamo dimostrato, che quelle obbligazioni non cadono col concordato stragiudiziale, così come restano integre dopo il concordato di fallimento: risolto il concordato, coobbligati e fideiussori saranno a più forte ragione tenuti a garantire i creditori che hanno trovato nell'accordo amichevole una difesa così insufficiente (17).

---

dizioni inerenti alla natura stessa del contratto. La condizione è una *modificazione della volontà*, e deve essere *voluta dai contraenti.* Donde la massima: *conditio non praesumitur* (sulla quale v. **Giorgi**, *Obbl.*, IV, num. 306; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 302).

(14) V. **Zachariä-Crome**, *Handb. des französischen Civilrechts*, II, § 282, nota 4; — e **Aubry** e **Rau**, *Cours*, IV, § 302, pag. 62: “ le changement des circonstances dans lesquelles une obligation a pris naissance ne saurait être considéré come une condition résolutoire tacitement ou virtuellement inhérente à la convention „.

(15) V. in seguito num. 114.

(16) V. num. preced.

(17) Il **Massé**, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, IV, num. 2235, sostiene che la risoluzione del concordato rimette i fideiussori nei legami dai quali il concordato li aveva liberati, perchè essi non possono avere maggiori diritti del debitore principale e pretendere ad una rimessione pura e semplice, quando costui non ha ottenuto che una rimessione condizionale e subordinata all'esecuzione delle nuove obbligazioni, che ha con-

Possibile è invece un'altra questione: la risoluzione del concordato stragiudiziale farà venir meno le obbligazioni di coloro *che sono intervenuti come garanti del concordato stesso?* Farà venir meno le garanzie reali, pegni, ipoteche, in esso costituite? La questione è risoluta in termini per il concordato di fallimento dall'art. 843_4 Cod. comm., che mantiene integre le garanzie reali e personali. Ma la disposizione dell'art. 843_4 (a differenza di quella dell'art. 792) è realmente di natura eccezionale: il verificarsi della condizione risolutiva non solo estingue, ma mette nel nulla l'obbligazione, fa come se non fosse mai esistita (art. 1158_2 Cod. civ.); e la garanzia di una obbligazione inesistente è una contraddizione in termini. La disposizione dell' art. 843_4 si giustifica — come vedremo — *in quanto nel concordato obbligatorio di fallimento la risoluzione per inadempimento è espressamente stabilita a favore dei soli creditori contro il debitore e quindi soltanto l'obbligazione dei creditori è sottoposta alla condizione risolutiva dell'inadempimento: non quella del debitore e dei garanti del debitore* (18). L'interpretazione restrittiva imposta dalla natura di questa disposizione ne impedisce l'applicazione ai concordati stragiudiziali, pei quali si rientra nella regola generalissima che la risoluzione per inadempimento è concessa ad opera, a favore di *tutti* i contraenti. Nè i creditori possono lagnarsi di questa conseguenza. Essi avevano la scelta fra la risoluzione del contratto e l'uso delle garanzie; preferirono la prima via e non possono far più ricorso all'altra (19).

---

tratte verso i suoi creditori. — Per l'opinione contraria si sono pronunciati **Lanni**, *Dei concord. amich.*, num. 27; — **Guariglia**, pag. 127; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8442; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 833; — i quali concedono ai fideiussori e coobbligati una liberazione definitiva, indipendente dal mantenimento o dalla risoluzione del concordato. Ma ambedue le soluzioni sono egualmente illogiche. La *prima*, perchè non si può ammettere che i fideiussori, liberati dal concordato, possano per il *fatto di un terzo*, essere tenuti di nuovo. La *seconda*, perchè non è risoluzione quella che lascia sussistere alcune conseguenze della obbligazione venuta meno e non è obbligazione condizionata quella che lascia incondizionati alcuni effetti di essa. La verità è che il presupposto stesso di questa controversia, la liberazione dei coobbligati e fideiussori, è falsa, come abbiamo dimostrato: v. num. 107 e 108. La illogicità delle conseguenze è una riprova della falsità della premessa.

(18) V., in seguito, num. 273.

(19) Conformi al testo: **Bolaffio**, *I componimenti privati*, num. 6, *sub f)*; — **Guariglia**, *Concordato*, pag. 128; — **Lanni**, *Dei concord. amich.*, num. 28. — Contr. **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 660.

114. *Annullamento.* — Come tutti i contratti, il concordato è esposto alle cause di annullamento derivanti da incapacità delle parti e da vizi del consenso (errore, dolo, violenza) (20). Quanto agli effetti dell'annullamento, bisogna però distinguere, tenendo presente ciò che si è detto a proposito della risoluzione:

a) Se l'incapacità o i vizi del consenso riguardano il debitore (o chi ne garantisce o se ne è accollato le obbligazioni), l'annullamento colpisce tutto il concordato, che cade per intiero. L'intervento del debitore è essenziale nel concordato che non può esistere senza di lui;

b) Se invece l'incapacità o i vizi del consenso riguardano uno dei creditori, non resta annullato tutto il concordato, ma la sola obbligazione del creditore, il quale si considererà come se non avesse mai partecipato al contratto. Non essendo richiesta l'adesione di tutti i creditori per l'esistenza del concordato, se manca l'adesione di uno, il concordato non cade. Ma anche qui, trattandosi di annullare una obbligazione che lega il creditore al debitore e a tutti gli altri creditori, occorrerà il contradittorio di tutti.

In questo secondo caso, quale sarà la condizione giuridica dei contraenti rimasti nel contratto, di fronte all'annullamento del vincolo rispetto agli altri aderenti incapaci, o il cui consenso fu viziato? Nessun diritto spetterà ai contraenti, che conobbero la causa di invalidità, e ciò nondimeno contrattarono. Ma a coloro, i quali *senza loro colpa* non conobbero quella causa che insidiava la completa validità del contratto, la legge concede un rimedio, allorchè, per dato e fatto dell'annullamento parziale, la loro condizione giuridica verrebbe ad essere eccessivamente aggravata. Quando, per effetto dell'annullamento parziale, e *del solo annullamento parziale,* il debitore sia ritornato in istato di fallimento, il contraente che ebbe motivo di credere, al momento della conclusione del concordato, alla piena efficacia del consenso di tutti i contraenti, potrà sicuramente domandare, nei suoi riguardi, l'annul-

(20) **Fourcade**, *Des faillites non déclarées,* num. 30; — **Guariglia**, *Concordato,* pag. 127. — La nullità per vizî di consenso è regolata dal Cod. civile (art. 1108 e seg.) e non dalle disposizioni del Codice di commercio sul concordato di fallimento (art. 842) che sono di natura eccezionale, come risulta dalla locuzione dello stesso articolo (ult. capov.). Perciò ogni specie di dolo e non la sola dissimulazione dell'attivo ed esagerazione del passivo sarà causa di nullità.

lamento del contratto, perchè, alla sua volta, il suo consenso fu viziato da *errore sostanziale* (art. 1110). Egli credeva ragionevolmente di concludere un *vero concordato*, cioè di contrattare validamente col numero di creditori sufficiente a far cessare lo stato di fallimento: il che non era, perchè contrattava invece in modo valido con un numero insufficiente di creditori: ciò basta a costituire quell'errore sostanziale che, *quando è scusabile*, è causa di nullità del contratto. Egli sicuramente non avrebbe contrattato, se avesse conosciuto il vero stato delle cose: siamo nei termini appunto dell'art. 1110 Cod. civile (21).

Infine il concordato potrà, in tutto o in parte, essere revocato per frode, così ad istanza dei creditori del debitore, come ad istanza dei creditori dei creditori aderenti. Secondo che il contraente, i cui creditori domandano la revoca, è, o non, stato dichiarato giudizialmente fallito, si applicheranno le norme della pauliana civile (art. 1235 Cod. civ.) o degli art. 707, 708 e 709 Cod. comm.

115. Ma, a questo proposito, due altre indagini sono necessarie, circa gli *effetti*, *rispetto al concordato stragiudiziale già concluso*, *della sopravvenienza di nuovi creditori e della posteriore dichiarazione di fallimento del debitore.*

a) Il sopravvenire di nuovi creditori non produce alcun effetto sul concordato già concluso, quando si tratta di *debiti nuovi,* contratti *posteriormente* al concordato (ma debiti *realmente* nuovi, non semplici *rinnovazioni* o *trasformazioni* di debiti preesistenti ed ignorati dai creditori concordatari). In questa ipotesi il consenso degli aderenti non fu per nulla viziato; le condizioni di fatto erano *realmente* quali essi le credevano; lo stato di fallimento era cessato per opera del concordato; se le cose sono mutate in seguito, ciò non infirma per nulla quanto fu validamente compiuto in precedenza.

Se invece si tratta di debiti *anteriori al concordato* ed *ignorati*

---

(21) È questa l'interpretazione che la dottrina più autorevole dà dell'art. 1110. V. **Giorgi**, *Obbl.*, IV, num. 51; — **Zachariä-Crome**, *Handb.*, II, § 323, nota 14 *a*. — Si potrebbe anche, nel nostro caso, invocare l'art. 1119 Cod. civ.: ma vedi quanto dicono a questo proposito **Giorgi**, *Obbl.*, III, num. 446; — **Brini**, *Della causa nei negozi giuridici*, Parma, 1889, pag. 15; — **Zachariä-Crome**, *Handb.*, II, § 324.

dai contraenti, la comparsa di altri creditori dà diritto ai *contraenti che non ne conoscevano la esistenza*, di far annullare il loro consenso come viziato da errore, *quando per dato e fatto di quella comparsa il debitore si trovi di nuovo in istato di fallimento*. Si riproduce qui la stessa posizione che nel caso di annullamento parziale e la regola deve essere la stessa.

b) Il fallimento del debitore, *dopo la conclusione del concordato stragiudiziale*, può avvenire in due casi:

α) Quando il concordato fu insufficiente a *togliere* lo stato di fallimento: o perchè le *rinunzie* fatte dai creditori concordatari si rivelano insufficienti: o perchè si rivelano insufficienti le *adesioni* ottenute: o perchè, pur essendo sufficienti le adesioni ottenute al momento del concordato, ne viene, in seguito, a mancare qualcuna per risoluzione o per annullamento parziale. In tutte queste ipotesi *non vi sono che debiti anteriori al concordato*; è l'antico stato di fallimento, preesistente al concordato, che, malgrado il concordato, riappare e dà luogo alla dichiarazione giudiziale.

A questo proposito, due osservazioni preliminari sono necessarie. Anzitutto che la dichiarazione di fallimento può avvenire tanto ad istanza del debitore, quanto ad istanza dei creditori o d'uffizio (art. 684 Cod. comm.): ma, *per la dichiarazione ad istanza dei creditori o d'uffizio*, sarebbe erroneo credere che basti il solo fatto della comparsa di un creditore anteriore al concordato e non compreso in esso o il solo fatto dell'annullamento o della risoluzione parziale. La legge è chiara: non si può, sull'istanza dei creditori o d'uffizio, dichiarare il fallimento, se non sia dimostrata la cessazione dei pagamenti del debitore (art. 687 e 688 Cod. comm.). *La cessazione dei pagamenti è dunque sempre necessaria* (22).

In secondo luogo la questione dell'effetto della posteriore dichiarazione di fallimento sul concordato amichevole già concluso è del tutto diversa da quella della risoluzione e dell'annullamento del concordato. Quello che noi ricerchiamo qui è l'efficacia giuridica *particolare* della dichiarazione di fallimento sul concordato, *prescindendo dagli effetti che possono produrre* l'inadempienza, e i vizi del consenso, secondo il diritto civile (risoluzione, e annullamento).

---

(22) E viceversa, data la cessazione, ogni creditore può dimandare la dichiarazione di fallimento, anche se abbia aderito al concordato: A. Torino, 30 dicembre 1885, *La Giurisprudenza*, 1886, 232.

Noi studiamo soltanto gli effetti della dichiarazione di fallimento *come tale* (23).

Ciò premesso, bisogna distinguere nettamente *il caso in cui la cessazione dei pagamenti è fatta risalire ad una data posteriore al concordato* dal *caso in cui è fatta risalire ad una data anteriore.* S'intende che, nella nostra ipotesi lo stato di fallimento essendo stato sempre latente già fin da un'epoca anteriore al concordato, non è possibile che non siano avvenuti già prima del concordato *fatti di cessazione;* e perciò *di regola*, la cessazione dei pagamenti sarà retrotratta ad un'epoca anteriore al concordato. Ma eccezionalmente può darsi che ciò non sia: se per esempio lo stato imbarazzato del debitore siasi protratto, mediante spedienti o in altro modo, per più di tre anni dal concordato: in questo caso il concordato resterà necessariamente fuori della retrodatazione (art. 704_3 Cod. comm.). Se il concordato non è compreso nel periodo sospetto, nessuna particolare conseguenza produrrà la dichiarazione di fallimento rispetto al contratto in sè. Ma s'intende che i pagamenti, ed in genere, tutti gli atti fatti in esecuzione del concordato, posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, restano vulnerati dalla dichiarazione di fallimento, come ora diremo.

Due conseguenze importanti derivano per il concordato, data la sua natura e gli scopi suoi, e per gli atti compiuti in esecuzione di esso, dal fatto di *essere posteriori alla data della cessazione dei pagamenti:*

1° la nullità dei pagamenti fatti in esecuzione del concordato, prima della scadenza del debito. Possiamo immaginare benissimo che al concordato abbiano partecipato creditori i cui crediti non erano ancora scaduti e che la quota loro assegnata nel concordato sia loro pagata prima della scadenza del loro credito. Siamo appunto nel caso dei *pagamenti anticipati* che l'art. 707_2 dichiara nulli rispetto alla massa;

---

(23) La dichiarazione di fallimento, certo, può concorrere a provare che il concordato non fu concluso alle condizioni sufficienti e col numero di creditori sufficiente a far cessare lo stato di fallimento, rendendo così possibile al contraente, il quale per un errore scusabile credette il contrario, e contrattò appunto per questo, il domandare la nullità del contratto per errore essenziale (art. 1110 Cod. civ.). Ma non sarebbe questa una conseguenza della dichiarazione come tale, perchè anche all'infuori della dichiarazione di fallimento la prova dell'errore è possibile, benchè più difficile. V., più addietro, num. 114.

2° la presunzione di frode da cui diviene affetto il concordato ed ogni atto fatto in esecuzione del concordato (art. 709).

Questa presunzione gioverà al curatore per far annullare, rispetto alla massa, tutto il concordato, quando ad esso non presero parte tutti i creditori (24). Che se tutti vi avessero preso parte, la frode sarebbe esclusa dal fatto stesso della partecipazione unanime, nè la contraddizione consentirebbe che i creditori componenti la massa facessero dichiarare fraudolento un atto a cui essi hanno tutti partecipato (25). Questa presunzione gioverà inoltre per annullare i pagamenti fatti in esecuzione del concordato ad alcuni creditori soltanto, anche restando fermo il contratto (art. 709, n. 1).

β) La dichiarazione di fallimento può avvenire anche perchè lo stato di fallimento, cessato per opera del concordato, si riprodusse per *nuovi debiti contratti dal debitore posteriormente al concordato.* In questo caso il concordato conseguì il suo scopo, o lo avrebbe conseguito, se non fossero sopravvenute costituzioni di nuove obbligazioni. La situazione allora, di fronte alla dichiarazione di fallimento, è molto diversa, secondo che si consideri il *concordato in sè*, o gli *atti compiuti in esecuzione del concordato.*

Il concordato in sè non può essere toccato dalla dichiarazione di fallimento, anche se la cessazione dei pagamenti sia fatta risalire ad una data anteriore al concordato. I creditori aventi titoli posteriori al concordato non possono impugnarlo in nessun caso perchè non c'è nè frode nè danno a carico loro, chè vennero in rapporto col debitore quando il suo patrimonio era già diminuito (26): e i creditori aventi titolo anteriore, cioè i creditori concordatari insoddisfatti, non possono impugnare un atto a cui hanno partecipato (27).

---

(24) Trib. Napoli, 18 settembre 1889 (riportata da **Biondi**, num. 8); — **Biondi**, *Concord. amich.*, num. 80 e 85; — **Fourcade**, *Des faill. non déclarées*, num. 38.

(25) Fr. 6, § 9, *Quae in fraudem*, 42, 8: *Nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt.* — **Giorgi**, *Obbl.*, II, num. 277; — **Demolombe**, *Obl. et contrats*, II, num. 237; — **Larombière**, *Obligations*, sull'art. 1167, num. 49.

(26) V. **Giorgi**, *Obbl.*, II, num. 264; — **Maierini-Giorgi**, *La revoca degli atti fraudolenti*, 3ª ed., Firenze, 1899, num. 77, 82, 85; — **Larombière**, *Obligations*, sull'art. 1167, num. 20; — **Laurent**, *Principes*, XVI, num. 469; — **Demolombe**, *Obl. et contrats*, II, num. 232; — **Aubry** e **Rau**, *Cours*, IV, § 313, nota 14; — **Zachariä-Crome**, *Handb.*, II, § 293 e nota 5.

(27) Se invece concorressero anche creditori anteriori al concordato, ma non partecipanti al concordato, la revoca sarebbe possibile. Ma si sarebbe allora fuori dell'ipotesi nostra e nell'ipotesi fatta *sub* α).

Su gli atti fatti in esecuzione del concordato *dopo la cessazione dei pagamenti* può invece la dichiarazione di fallimento produrre effetti particolari assai rilevanti (28).

Se questi atti, in ispecie pagamenti, sono anteriori ai nuovi debiti, benchè posteriori alla data della cessazione dei pagamenti, i nuovi creditori non avranno alcun diritto di impugnarli. Potranno invece impugnarli i creditori antichi non soddisfatti. Ma colla dichiarazione di fallimento essendosi formata la *massa*, comprendente tutti i creditori, può sorgere una difficoltà nel caso in cui concorrano insieme creditori antichi non soddisfatti e creditori nuovi, dei quali i primi hanno diritto, i secondi non hanno diritto ad impugnare quegli atti. Poichè la massa è unica, ed è rappresentata dal curatore: poichè la legge dice che la nullità profitta non solo ai creditori direttamente danneggiati, ma alla *massa* (art. 709_1), gli atti debbono revocarsi di fronte a tutti i creditori. Come osserva assai bene il FOURCADE, i poteri del curatore sono indivisibili: fatti rientrare i beni nella massa, l'aumento della garanzia si ripartisce fra tutti i creditori che la compongono compresi i nuovi (29).

Se gli atti compiuti in esecuzione del concordato sono *posteriori* ai nuovi debiti, purchè posteriori anche alla data della cessazione dei pagamenti, anche i creditori nuovi potranno impugnarli e quindi nessun dubbio che la presunzione di frode di cui sono colpiti per l'art. 709_1 servirà a farli annullare rispetto alla massa (30).

---

(28) Per gli atti fatti *prima* della cessazione dei pagamenti la condizione non muta, siavi o non stata dichiarazione di fallimento: essi non possono essere impugnati che colle norme della pauliana civile: art. 708 Cod. comm. Una differenza tuttavia vi sarebbe tra la pauliana dell'art. 1235 Cod. civ. e quella dell'art. 708 Cod. comm., secondo quel che ha sostenuto di recente il **Solazzi**, in un notevole lavoro sulla revocabilità dei pagamenti (**Solazzi**, *Della revocabilità dei pagamenti, delle dazioni in pagamento e delle costituzioni di garanzie*, nell'*Arch. giur.*, vol. LXVII, pag. 56 e seg., e specialmente pag. 58, nota 1 dell'estr.). — Per il **Solazzi**, mentre i pagamenti sarebbero irrevocabili in diritto civile, sarebbero revocabili in diritto commerciale, in forza appunto dell'art. 708 che avrebbe innovato, senza volerlo, sull'art. 1235 Cod. civ. Data questa interpretazione degli art. 1235 e 708, che a noi sembra accettabilissima, la dichiarazione di fallimento, se non altro, sarebbe necessaria per far revocare i pagamenti e nel caso nostro avrebbe questa portata: di rendere possibile la revoca dei pagamenti fatti in esecuzione del concordato prima della cessazione.

(29) **Fourcade**, *Des faill. non déclarées*, num. 40.

(30) **Fourcade**, *Des faill. non déclarées*, num. 40.

CAPITOLO II.

L'accordo amichevole nella moratoria.

§ 1. — Nozioni generali e critiche.

Sommario: 116. Il concordato amichevole giudiziale: nozione e regolamentazione giuridica. — 117. Il concordato amichevole di moratoria: nozione e carattere giuridico.

116. Se il concordato amichevole esplica normalmente la sua funzione riparatrice quando la crisi, benchè latente, non è ancora scoppiata travolgendo nella pubblicità rovinosa del fallimento e della moratoria il buon nome ed il credito del commerciante, pure, anche dopo aperta la crisi, esso sarà sempre preferito alla liquidazione giudiziale lenta, impacciante e costosa. Ma il dissesto rivelatosi apertamente ha ormai reso necessario l'intervento del magistrato; la procedura di fallimento fu iniziata: la moratoria fu dichiarata; ed il concordato amichevole, anch'esso, non può più considerarsi come un contratto d'interesse assolutamente privato. La legge perciò sente il bisogno di non restarsene indifferente di fronte ai tentativi delle parti per sostituire un accomodamento amichevole alla liquidazione giudiziale, ed interviene, regolando più o meno ampiamente, in modo più o meno perfetto, il concordato amichevole. Come è naturale e logico, ciò che preme al legislatore non è tanto il *modo di formazione* del concordato, quanto i suoi *effetti sulla condizione giuridica creata dalla manifestazione del dissesto* (procedura di fallimento: moratoria). Quindi la legge abbandona, di regola, la formazione del concordato alla libera volontà delle parti: ciò è nell'essenza del concordato amichevole. Ma quando si tratta di decidere circa gli effetti del concordato sulla procedura iniziata, la legge interviene con disposizioni precise e tassative.

Non si creda però che, con questo intervento, la legge abbia inteso di disciplinare completamente il concordato amichevole concluso dopo la dichiarazione di fallimento o la concessione della moratoria. Non si creda cioè che le norme regolanti questo con-

tratto siano da ricercarsi tutte e soltanto nelle disposizioni di legge in cui esso è, poco o frammentariamente, disciplinato. Il concordato amichevole nella moratoria e nel fallimento, è, prima di tutto, un concordato amichevole e perciò, *dove la legge non lo disciplina particolarmente, sono le norme regolanti la forma tipica del concordato amichevole, il concordato stragiudiziale, che bisogna applicare. Tutte le norme formulate per il concordato amichevole stragiudiziale valgono per il concordato amichevole concluso durante la moratoria ed il fallimento, in quanto la legge non abbia disposto altrimenti.* Molte inesattezze si sarebbero evitate in materia di concordato amichevole, se si fosse tenuto presente questo sicuro criterio d'interpretazione.

Il concordato amichevole di moratoria o di fallimento, che il Codice di commercio disciplina agli art. 825, 826 e 830, è, necessariamente, un concordato *giudiziale*, perchè concluso nel corso di una procedura giudiziaria (1). Il qual fatto — come dicemmo — non può non produrre importanti conseguenze sulla sua disciplina giuridica, in quanto esso mira a far cessare quella procedura.

117. La tregua che la moratoria concede al debitore sventurato e di buona fede è troppo breve perchè egli possa, mediante una saggia liquidazione del suo attivo, soddisfare i debiti scaduti e riparare allo squilibrio economico in cui senza sua colpa si trova ridotto. Alla brevità del tempo si aggiungono le difficoltà provenienti dalle cautele che la legge ha creduto opportuno di stabilire per garantire la integrità del patrimonio rimasto o tornato nelle mani del debitore (art. 822_3 e 823 Cod. comm.). E perciò bisogna concludere che le probabilità di ottenere un risultato utile dalla moratoria per questa via, sono poche, per non dir nulle addirittura.

Eppure la legge pone al debitore morato un dilemma ben rigoroso. Egli deve, entro il termine della moratoria: sei mesi, o, al massimo, un anno (art. 822_2 e 828), far constare o di aver soddisfatto tutti i suoi debiti scaduti, o di aver ottenuto dai creditori dilazioni al pagamento (art. 822_3). In questa situazione difficile una sola via pratica e sicura si apre al debitore: un accordo amiche-

(1) Qui si riproduce il concetto e la terminologia usati per le transazioni: v. **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 419; — **Zachariä-Crome**, *Handb.*, II, § 399, pag. 704.

vole coi creditori che, facendo cessare lo stato di fallimento in cui si trova, gli permetta di superare definitivamente la crisi e di riprendere tranquillamente i suoi affari. Nella varietà e nella elasticità dei patti di un accordo privato egli può trovare il modo di ottenere ciò che non gli consentirebbero le norme necessariamente rigorose dettate dall'ordinamento giuridico a tutela dei diritti di tutti.

Il concordato amichevole è quindi lo scopo e il termine normale della moratoria. Perciò la legge lo prevede espressamente e lo disciplina nel seguente modo all'art. 825 Codice di commercio:

" Se durante la moratoria abbia luogo un accordo amichevole con tutti i creditori, le relazioni ulteriori fra questi ed il debitore si regolano secondo la convenzione.

" L'accordo può anche validamente stipularsi colla maggioranza dei creditori che rappresenti almeno i tre quarti del passivo, purchè i creditori assenzienti assumano, insieme col debitore, le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti, e, ove occorra, l'intero pagamento dei loro crediti.

" In ambi i casi, se già vi fu dichiarazione di fallimento, l'accordo deve essere omologato dal tribunale e produce gli effetti del concordato quanto alla chiusura del fallimento ".

Il concordato di moratoria è, essenzialmente, un concordato *amichevole*, un concordato cioè che non obbliga se non coloro che vi hanno aderito. Lo dice il nome stesso, con cui la legge ha voluto designarlo (art. 825_1); lo prova la natura sua di contratto concluso non già dai creditori riuniti in collettività o massa (perchè nella moratoria la collettività o non è ancora formata o si è temporaneamente sciolta), ma dai creditori singoli tra loro e col debitore; lo conferma la legge stessa, quando prevede espressamente l'ipotesi che i creditori dissenzienti vogliano essere soddisfatti integralmente (art. 825_2). La natura essenzialmente amichevole del concordato di moratoria è stata oppugnata con argomenti che solo la imperfetta redazione dell'art. 825 ha potuto far apparire consistenti. Noi dimostreremo in seguito come non solo dall'intima natura dell'istituto, ma anche da una esatta esegesi dell'art. 825 si debba concludere per la non obbligatorietà dell'accordo riguardo ai dissenzienti, e quindi si debba affermare la natura essenzialmente amichevole del concordato di moratoria.

Da quanto si è detto finora possiamo desumere una nozione abbastanza esatta del concordato amichevole di moratoria, che defi-

niremo pertanto: " un contratto stipulato tra il debitore comune ed i suoi creditori durante la moratoria, col quale si modificano i rapporti obbligatori esistenti tra il debitore ed i singoli creditori intervenuti nel contratto, in modo da far cessare lo stato di fallimento del debitore, chiudendo la moratoria ed evitando l'apertura o la prosecuzione della procedura di fallimento ".

Ciò che dicemmo sui caratteri essenziali del concordato amichevole stragiudiziale vale anche per il concordato amichevole di moratoria: con questo solo di diverso e di particolare: che il concordato di moratoria essendo diretto a far cessare una situazione in cui si è già ingerita la giustizia, è necessariamente giudiziale, e deve rispondere a certe condizioni, a cui la legge subordina i suoi effetti riguardo alla moratoria o al fallimento.

Le norme scritte nella legge per il concordato amichevole concluso durante la moratoria *posteriore al fallimento*, che è quella di cui il legislatore si occupa principalmente e particolarmente, valgono anche per l'accordo concluso durante la moratoria *anteriore* al fallimento (art. 827_4), salvo lievi differenze, accennate nello stesso art. 825. Per conservare unità alla trattazione, noi parleremo insieme del concordato amichevole concluso durante la moratoria posteriore alla dichiarazione di fallimento, e di quello concluso durante la moratoria anteriore, la cui disciplina giuridica è nella massima parte comune, notando volta per volta le norme particolari al concordato amichevole concluso durante la moratoria preventiva.

§ 2. — Conclusione del contratto.

Sommario: 118. Requisiti per la valida conclusione dell'accordo amichevole. — 119. Accertamento del consenso unanime e calcolo delle maggioranze. — 120. Manifestazione dell'assenso. — 121. Assunzione delle conseguenze di ogni lite ed, occorrendo, dell'integrale pagamento dei dissenzienti. — 122. Contenuto dell'accordo: accordo-dilazione e accordo-riduzione. — 123. Stipulazione di particolari vantaggi.

118. Per conseguire il suo scopo di far chiudere la moratoria ed impedire l'apertura o la riapertura del fallimento, il concordato amichevole di moratoria deve essere concluso con un numero di creditori tale e rappresentante una parte tale del passivo, da far cessare lo stato di fallimento del debitore. Questa regola, che già

enunciammo a proposito del concordato stragiudiziale (1), vale anche per il concordato di moratoria, e la legge l'ha consacrata e precisata nell'art. 825, principio e capoverso primo. La legge è partita dal concetto, già da noi largamente svolto, che, per l'esistenza di un vero e proprio concordato amichevole, non è necessaria già imprescindibilmente, l'adesione di tutti i creditori, ma quello che importa sostanzialmente, è l'adesione di tanti creditori, i quali, per numero e per somma, bastino a rimettere stabilmente il debitore alla testa dei suoi affari. Dato questo concetto, la legge ha voluto precisare il numero dei creditori e l'ammontare dei crediti da essa reputati sufficienti a dare la garanzia che lo stato di fallimento abbia a cessare durevolmente per opera del concordato. Questo numero e questa somma, che debbono rappresentare il *minimo* necessario perchè il contratto risponda all'essenza di un concordato, non può evidentemente calcolarsi che tenendo conto di un altro importante elemento di giudizio: le condizioni del patrimonio del debitore. E poichè nella moratoria si presuppone necessariamente che l'attivo del debitore superi il passivo (art. 820, 826_1) la legge ha ritenuto sufficiente l'adesione di tanti creditori che rappresentino almeno i tre quarti del passivo. Con una azienda, sià pure incagliata, ma il cui attivo supera il passivo, un accordo stipulato con tanti creditori che rappresentino i tre quarti del passivo, deve poter conseguire con un sagrifizio non eccessivo, da parte di tutti, lo scopo di far cessare la stato di fallimento e di rimettere il morato in condizione di riprendere i suoi affari. A rigore, la legge avrebbe potuto accontentarsi della maggioranza di somma, senza richiedere anche la maggioranza numerica. La prima soltanto è decisiva per la riuscita del concordato; la legge però ha voluto aver riguardo anche all'altra caratteristica del concordato: quella di consistere non già nella rinunzia isolata di uno o due creditori, ma nel sagrifizio fatto da un numero notevole di creditori di parte dei loro diritti anche riguardo al debitore, quanto nei loro rapporti reciproci: il concordato, come un mezzo di prevenire o far cessare la procedura di fallimento, deve essere, al pari di questa, l'espressione della solidarietà di fronte alla comune sventura. E perciò la legge ha prescritto che il concordato di moratoria debba essere consentito dalla maggioranza numerica dei creditori.

---

(1) V. num. 99.

Di qui la regola enunciata dall'art. 825: non può stipularsi concordato amichevole durante la moratoria senza l'adesione di tutti i creditori, o almeno della maggioranza rappresentante i tre quarti del passivo. Il significato *della duplice maggioranza è appunto questo: una valutazione preventiva fatta dalla legge del numero e dell'importanza delle adesioni necessarie per potersi efficacemente concludere un concordato amichevole senza il concorso della totalità dei creditori.*

Ma la legge non si accontenta ancora: essa ha considerato che l'essere stato l'accordo assentito da un numero di creditori i quali rappresentano almeno i tre quarti del passivo, costituisce, è vero, una presunzione molto fondata, che l'accordo riesca a far cessare lo stato di fallimento del debitore e gli permetta, soddisfatti puntualmente creditori concordatarî e non concordatarî, di riprendere i suoi affari. Ma questa presunzione resta una semplice presunzione; può darsi benissimo che la maggioranza rappresentante i tre quarti del passivo non abbia acconsentito ai sagrificî necessarî per far scomparire completamente il dissesto economico del debitore. Vedemmo a proposito del concordato stragiudiziale che non soltanto il numero dei creditori, non solo l'importanza dei crediti, deve prendersi in considerazione per stabilire se l'accordo sia sufficiente a far cessare lo stato di fallimento. Un elemento di decisiva importanza sono anche le *condizioni dell'accordo, l'entità dei sagrifizî fatti dai creditori.* Si comprende che, se può bastare l'adesione di tanti creditori che rappresentino i tre quarti del passivo, quando essi acconsentano a ridurre del 50 °/₀ i loro crediti, può invece essere necessaria l'adesione di tanti creditori che rappresentino i quattro quinti, se la riduzione consentita è soltanto del 40 °/₀. Ma la legge ha voluto che il concordato amichevole stipulato durante la moratoria faccia *realmente* e *sicuramente* cessare lo stato di fallimento: essa ha voluto la garanzia assoluta, piena, incondizionata, che il concordato faccia sparire del tutto il dissesto del debitore. Ed è giusto che quella garanzia sia richiesta impreteribilmente dalla legge. Se il concordato ha da aver per effetto la chiusura della moratoria, vale a dire la fine di tutta una serie di provvedimenti conservativi stabiliti dalla legge per garantire l'integrità dell'attivo del debitore (art. 822, 823 Cod. comm.) nell'attesa che la posizione del debitore si chiarisca o il fallimento si dichiari o riapra (art. 826), è ragionevole l'esigenza della legge che il concordato al quale quell'effetto è connesso, non possa stipularsi senza una garanzia della

sicura e definitiva cessazione dello stato di fallimento. Avrebbe tradito il suo còmpito il legislatore, se avesse permesso al debitore di uscire mediante un accordo insufficiente dalle strettoie del dilemma che necessariamente deve star dinanzi ad ogni debitore morato: o la effettiva ricostituzione della sua azienda dissestata o il fallimento. Gli avrebbe permesso così di sottrarsi alle garanzie della moratoria senza essere sottoposto a quelle più efficaci della procedura fallimentare, aggravando in una inutile perdita di tempo la condizione sua e dei suoi creditori. Una garanzia della sicura cessazione dello stato di fallimento la legge avrebbe potuto trovarla stabilendo, oltre al *minimum* di adesioni in relazione all'importo dei crediti, anche un *minimum* di sagrifizî dei creditori aderenti, in relazione alle condizioni del patrimonio del debitore. Ma questa determinazione non avrebbe potuto farsi *a priori* in una formula legislativa generale e comprensiva: avrebbe dovuto lasciarsi al magistrato la facoltà di giudicare caso per caso della sufficienza delle rinunzie accordate. Il che avrebbe dato luogo ad una incertezza tale da far venir meno appunto quella assoluta garanzia che la legge si era proposto di ottenere. Un solo spediente si presentava sicuro: quello di far assumere ai creditori assenzienti l'obbligo di soddisfare, occorrendo, nella loro integrità, i crediti dei dissenzienti. Espediente matematicamente sicuro perchè i creditori assenzienti diventano così i primi interessati a concedere al debitore condizioni tali da permettergli il puntuale pagamento dei dissenzienti. A questo mezzo si appigliò appunto il legislatore; donde l'altra regola dell'art. 825: il concordato amichevole di moratoria non può concludersi colla sola maggioranza, se gli assenzienti non assumano, insieme col debitore, l'intiero pagamento dei dissenzienti. La legge, certo, non ha usato una forma molto felice dicendo che gli assenzienti debbano assumere “ le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti „. Ma il concetto legislativo è chiarissimo. Occorre riflettere che nella moratoria i crediti non sono ancora verificati; che possono perciò essere incerti tanto nella loro sussistenza quanto nel loro ammontare; che il debitore potrebbe impugnarli e ne potrebbero nascere così lunghe liti giudiziarie. Queste liti, il cui esito è incerto al momento della conclusione del concordato, possono riuscire vittoriose pei creditori dissenzienti che vi sono impegnati e così venire a gravare ad un tratto il passivo assottigliando notevolmente l'attivo del morato. Se nell'accordo

non fosse preveduta l'ipotesi di un cattivo esito delle liti intentate o da intentarsi coi creditori dissenzienti, l'equilibrio ristabilito dal concordato amichevole, potrebbe venire di nuovo turbato; ecco perchè la legge ha imposto ai contraenti di prevedere questo caso, facendo assumere agli assenzienti le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti.

Tutto ciò spiega in modo davvero evidente quale è il carattere e la portata delle disposizioni contenute nell'art. 825, principio e capoverso primo. Si tratta *delle particolari condizioni di validità del concordato amichevole di moratoria*. La legge, che ha abbandonato il concordato amichevole stragiudiziale alla libera volontà delle parti, affidandone la disciplina giuridica all'opera assidua della dottrina e della giurisprudenza, non ha voluto e potuto far lo stesso per l'accordo amichevole nella moratoria. Le conseguenze del concordato amichevole di moratoria sono troppo gravi perchè il giudizio sulla sua validità sia lasciato ai criteri varî e mutevoli della dottrina e della giurisprudenza. E perciò la legge ha stabilito che *l'assenso unanime dei creditori sia un requisito particolare necessario, oltre i requisiti comuni a tutti i concordati amichevoli, per la validità del concordato amichevole di moratoria come tale. In mancanza del consenso unanime, i requisiti per la validità sono invece due: a) consenso della maggioranza rappresentante i tre quarti del passivo; b) assunzione, da parte degli assenzienti, delle conseguenze di ogni lite coi dissenzienti, ed occorrendo, dell'intiero pagamento dei loro crediti.*

Se manca il consenso unanime, o se, almeno, non concorre la duplice maggioranza e l'assunzione di questi obblighi da parte degli assenzienti, il *concordato amichevole è nullo* (2). Come vedremo in seguito, non solo il tribunale potrà negarne la omologazione, ma la nullità potrà essere eccepita da chiunque vi abbia interesse.

---

(2) E perciò ottimamente decideva l'A. Bologna, 26 agosto 1896, *Foro it., Rep.*, 1896, voce *Fallimento*, num. 265: " All'esistenza e validità dell'accordo, di cui all'art. 825 Cod. comm., occorrono due condizioni essenziali: l'una, che gli accettanti formino la maggioranza, rappresentante i tre quarti del passivo: l'altra, che essi assumano col debitore le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti e, ove occorra, l'intiero pagamento dei crediti di costoro. Se quindi la detta maggioranza, in un componimento concluso col debitore abbia espressamente dichiarato di non assumere alcuna responsabilità verso i dissenzienti e non aderenti, *non si versa nel caso dello accordo contemplato* nel suddetto arti-

119. Nella moratoria i crediti non essendo ancora verificati, il calcolo della maggioranza non potrà farsi, come è invece nel fallimento, sopra elementi rigorosamente esatti, perchè passati al vaglio del contradittorio e valutati dal magistrato. Tuttavia criterî abbastanza sicuri non mancano per la determinazione del passivo: la legge prescrive (art. 819 e 827) che il debitore debba, domandando la moratoria, presentare i suoi libri di commercio *regolarmente tenuti*, il suo bilancio commerciale e un elenco nominativo di tutti i suoi creditori coll'indicazione del loro domicilio e delle somme dei loro crediti; aggiunge che la moratoria non può essere concessa, se il debitore non dimostri con documenti o con prestazione d'idonee garantìe che l'attivo del suo patrimonio supera il passivo: vuole, che, prima di concedere la moratoria, il tribunale convochi i creditori per sentirne il parere (art. 820, 827_2) (3). Tutto ciò dimostra che un esame abbastanza accurato della entità del passivo, e quindi della sussistenza e dell'ammontare di ciascun credito deve, secondo la legge, essere fatto anche nella moratoria. Il tribunale non può accordare la moratoria (sempre secondo la

---

colo di legge; e nemmeno è possibile la questione, se i creditori dissenzienti siano obbligati dall'accordo della maggioranza col debitore „. — Così pure: Trib. Perugia, 1° settembre 1895, *Giurista*, 1895, 374; — e tra gli autori: **Tartufari**, *La moratoria*, Roma, 1895, num. 198; — **Ascoli**, *La moratoria e il concordato preventivo*, Milano, 1896, num. 212.

(3) La convocazione è certamente necessaria nella moratoria posteriore al fallimento (art. 820); nella moratoria preventiva qualche dubbio può essere ingenerato dalla locuzione della legge (art. 827_2), la quale dice che il Tribunale, trovando sufficienti le giustificazioni del debitore *può ordinare* una convocazione di creditori. — Ma questo *però* non significa che è in facoltà del Tribunale accordare la moratoria senza la convocazione: significa soltanto che *può respingerla* (anche concorrendo quelle giustificazioni) *senza convocare i creditori:* mentre nella moratoria posteriore al fallimento non può nè concederla, nè respingerla senza aver sentito i creditori. Di qui la diversa locuzione degli art. 820 e 827_2. — Per la necessità della previa convocazione nella moratoria anteriore al fallimento v.: **Giorgi**, *Obbl.*, VII, num. 337; — **Bolaffio**, *Mon. trib.*, 1886, 915 e seg.; — **Vita Levi**, *La moratoria nel nuovo Codice di commercio italiano*, Torino, 1884, pag. 144 e seg.; — **Ascoli**, *La moratoria*, num. 79; — **Tartufari**, *La moratoria*, num. 276-278; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 822; — **Rocco**, *L'obbligatorietà pei dissenzienti dell'accordo amichevole nella moratoria*, Estr. dalla *Procedura*, I, fasc. 23, num. 8. — Contr. **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8417; — **Sraffa**, *Arch. giur.*, XLIX, 584 e seg. — V. anche la giurispr. *hic inde* riportata, ma prevalente piuttosto per la non necessità della convocazione.

legge: gli abusi della pratica sono inevitabili, ma l'interprete presuppone necessariamente l'osservanza della legge) senza aver fatto un accertamento, sia pure sommario del passivo. Dall'esame dei libri, da informazioni private, dall'interrogatorio del debitore, il magistrato si farà un concetto approssimativamente esatto dell'ammontare dei singoli crediti, e, perciò, dell'entità del passivo. E solo quando avrà sufficientemente accertato questo termine di confronto potrà passare all'esame dell'altro termine: l'importo dell'attivo, per stabilire se questo è realmente superiore a quello. Molto varrà ad illuminarlo l'adunanza dei creditori, che non mancheranno, occorrendo, di contestare e rettificare le dichiarazioni del debitore intorno alla verità ed entità dei singoli crediti (art. 821). Gli elementi per una relativamente esatta valutazione del passivo dunque non mancano: da questi appunto si dovrà desumere il numero e la entità dei singoli crediti, per verificare l'esistenza della duplice maggioranza voluta dalla legge (4).

Hanno diritto a votare nella deliberazione circa il concordato amichevole non solo i creditori chirografari, ma anche gli ipotecari, privilegiati e pignoratizi, i quali concorrono così a costituire la maggioranza legale (5). Nè, ciò facendo, pérdono, come avviene invece nel concordato obbligatorio di fallimento (art. 834), le loro garanzie. Essi, che possono, conservando le garanzie, prender parte al voto per la concessione o la proroga della moratoria, perchè la volontà di concedere una dilazione al debitore non è incompatibile con quella di mantener integre le garanzie assicuranti il pagamento del credito (6), possono altresì, a maggior ragione, prender parte all'accordo amichevole senza rinunziare alle garanzie. L'accordo es-

(4) Conf. al testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 800. — Contr. **Zignoni**, *L'art. 825 del Codice di commercio* (Estr. dal *Foro it.*, 1896, pag. 14, *sub c*), il quale assume che soltanto da una previa convocazione dei creditori *per l'accordo amichevole* si può avere una relativa certezza sulla verità ed entità dei singoli crediti. Ma la convocazione per la concessione della moratoria non è meno efficace a creare il contradittorio fra creditori e debitore; nè si può presumere che il magistrato si lasci così facilmente ingannare da un debitore di mala fede.

(5) **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8386; — **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 15; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 332.

(6) Il loro interesse ad essere sentiti sta nella possibilità, che la garanzia sia insufficiente e che siano perciò, malgrado l'art. 824_2, costretti anch'essi ad osservare la moratoria: v. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 766; — **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8331; — **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 15.

senzialmente amichevole, non obbliga che gli assenzienti, e neppure indirettamente nuoce ai dissenzienti, che sono ampiamente garantiti dall'obbligazione assunta dagli assenzienti (v. num. preced.). Perchè impedire loro di facilitare l'uscita del debitore da una posizione imbarazzata, quando essi soli sagrificano qualche cosa e gli interessi dei terzi non sono lesi? La perdita della garanzia sarebbe una punizione assurda della loro longanimità: e costituirebbe l'applicazione estensiva di una disposizione eccezionale, quella dell'art. 834 Cod. comm., scritta per il concordato obbligatorio, per un istituto cioè ed una condizione giuridica ben diversi da quelli di cui si tratta nel concordato di moratoria (7).

120. L'assenso al concordato deve essere manifestato o espressamente o con atti concludenti. Il silenzio, cioè la completa astensione da qualunque atto che implichi assenso o dissenso, non può equivalere ad assenso (8). E perciò, in mancanza di un esplicito testo di legge (come sarebbe, in materia di società, l'art. 163 Cod. comm.) il quale consideri come aderenti coloro che non si sono opposti espressamente, non si può ritenere che l'art. 825 abbia compreso fra i creditori assenzienti anche gli assenti, e, in genere, i non aderenti, che non hanno formalmente protestato. È vero che la legge (art. 825_2) parla solo di *assenzienti* e *dissenzienti*, senza accennare alla terza categoria di creditori che si astennero solo dall'assentire. Ma evidentemente la legge ha voluto con una sola parola indicare tutti i non assenzienti, perchè di fronte ai creditori che *vollero l'accordo*, non vi può essere che una sola categoria di creditori: quelli che *non lo vollero*, non potendosene ammettere una terza di coloro che nè vollero, nè non vollero. Una interpretazione diversa dell'art. 825 deve di necessità presupporre che il silenzio valga consenso: ma così si dà per ammesso ciò che appunto si vuol dimostrare, perchè nè i principî generali riconnettono al silenzio un tal significato, nè, di per sè solo, può darglielo

---

(7) Conformi al testo: **Guariglia**, *Concord.*, pag. 332; — **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 16. — V., in seguito num. 196 e seg.

(8) Che il silenzio non costituisca accettazione, secondo il nostro diritto positivo, è ritenuto oramai da tutti gli autori: v., da ultimo, **Vivante**, *Trattato*, III, num. 1015; — **Sraffa**, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*. Estr. dalla *Giur. it.*, 1898, pag. 6 e seg.

nel caso nostro, così come è formulato, l'art. 825. Deve dunque aver piena applicazione l'art. 1130 Cod. civile (9).

121. Così espressamente che tacitamente potrà essere contratta l'obbligazione degli assenzienti di assumersi le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti, ed occorrendo, l'intiero pagamento dei loro crediti. La manifestazione della volontà di assumere quei particolari obblighi, a cui l'art. 825 subordina la validità del contratto, deve necessariamente esservi: questa obbligazione non può dirsi una obbligazione *ex lege*, derivante direttamente, per virtù di legge, dal fatto dell'accettazione del concordato amichevole. Ciò risulta dalla dizione stessa della legge che fa dell'assunzione di quella obbligazione una *condizione* e non una *conseguenza* dell'accordo amichevole. Ma, d'altro canto, non è necessario neppure che la volontà di obbligarsi verso i dissenzienti sia manifestata *espressamente* come hanno preteso alcuni autori (10). Nel diritto odierno, in cui la libertà delle forme nella manifestazione della volontà è la regola, non si può, in mancanza di un testo formale di legge, prescrivere che una obbligazione debba essere assunta *espressamente*. Quello che noi possiamo e dobbiamo richiedere, è che la volontà risulti o da dichiarazione espressa o da atti tali che escludano in modo non dubbio la volontà di non obbligarsi. La volontà di obbligarsi verso i dissenzienti non è certo implicita nella volontà di conchiudere l'accordo col debitore: occorre una volontà *particolare* (11): ma la manifestazione di questa volontà particolare deve essere libera; può benissimo avvenire tacitamente e risultare da atti concludenti. Quando vi sia manifestazione tacita di volontà, non è facile dire *a priori*; è un'indagine di fatto riservata all'apprezzamento del giudice. La giurisprudenza ha inteso benissimo questa verità e,

(9) Conf. al testo: A. Bologna, 19 maggio 1896, *Giur. it.*, 1896, 336; — e **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 17 dell'estr., *sub d)*. — Contr. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 801; — e A. Lucca, 30 novembre 1886, *Dir. comm.*, 1887, 23.

(10) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 333; — **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 17 dell'estr., *sub e)*; — **Ascoli**, *La moratoria*, num. 196.

(11) E poichè la legge fa dipendere la validità dell'accordo dall'esistenza di questa volontà particolare (art. 825_2) quando l'accordo sia stipulato colla sola maggioranza, la dichiarazione di *non* volere assumere responsabilità verso i dissenzienti invalida l'accordo: A. Bologna, 26 agosto 1896, *Foro, Rep.*, 1896, voce *Fallimento*, num. 266; — Trib. Perugia, 1° sett. 1895, *Giurista*, 1895, 374.

mentre ha deciso che l'assunzione di quegli obblighi verso i dissenzienti non si può ritenere implicita nell'adesione all'accordo (12), ha d'altro canto stabilito che, in sede di omologazione dell'accordo amichevole, il giudice è sovrano nel riconoscere l'assunzione delle obbligazioni e che i creditori assenzienti non possono disconoscerle quando una sentenza di omologazione passata in giudicato le abbia ritenute esistenti (13).

122. Il contenuto dell'accordo amichevole di moratoria, al pari di quello del concordato stragiudiziale (14), può essere dei più svariati. Possono i contraenti stipulare dilazioni, convenire la liquidazione stragiudiziale dell'azienda del debitore, stabilire la cessione dell'azienda ai creditori in pagamento dei loro crediti, ed anche, infine, accordarsi su una riduzione dei crediti. Essenziale è che si faccia cessare, e stabilmente, lo stato di fallimento del morato: che lo si metta in grado di riprendere gli affari e mantenere tutti i suoi impegni: i mezzi con cui si giunge a ciò concernono l'interesse privato delle parti e, poichè i patti stipulati riguardano solo chi aderì all'accordo, non possono stabilirsi limiti alla volontà dei contraenti.

Questa latitudine lasciata alla volontà dei contraenti nella conclusione dell'accordo, è stata vivacemente oppugnata. La tesi, che gli autori e la giurisprudenza più volentieri sostengono nel negare quella libertà, è questa: possono bensì i creditori, stipulare all'unanimità accordi-dilazione ed accordi-riduzione: ma solo i primi, e non anche i secondi, sono obbligatori per i creditori dissenzienti, quando concorrano le condizioni volute dalla legge (15). Altri invece crede che l'accordo amichevole in moratoria non possa *mai* contenere riduzioni dei crediti, ma debba sempre limitarsi a sole dila-

(12) Trib. Genova, 16 aprile 1895, *Temi genovese*, 1895, 316.

(13) A. Genova, 22 novembre 1895, *Foro*, 1896, 1, 338. — La giurispr. ha anche deciso che la dichiarazione espressa di non voler assumere le obbligazioni di cui all'art. 825 esclude la validità del concordato: A. Bologna, 26 agosto 1896, *Foro*, *Rep.*, 1896, voce *Fallimento*, num. 266. — Avrebbe invece dovuto ritenerla come non fatta se avesse creduto che l'assunzione degli obblighi deriva dalla legge.

(14) V. num. 102.

(15) Trib. Perugia, 1° sett. 1895, *Giurista*, 1895, 374; — A. Roma, 20 maggio 1895, *Foro*, 1895, 1058; — A. Genova, 14 novembre 1895, *Dir. comm.*, 1895, 825;

zioni o novazioni, le quali del resto non sarebbero neppur esse obbligatorie pei creditori che non le hanno consentite (16). A noi pure sembra che la questione sul possibile contenuto dell'accordo amichevole debba farsi indipendentemente da quella, circa l'obbligatorietà dell'accordo per la minoranza dissenziente. Vedremo in seguito se l'accordo concluso colla maggioranza obblighi o non la minoranza: e partiamo dall'ipotesi che *tutti* i creditori acconsentano ad una riduzione dei crediti. Che dovrà fare il magistrato in presenza di un accordo-riduzione? Potrà negarne l'omologazione e vedendo provata l'insufficienza dell'attivo, dichiarare il fallimento, come pur vorrebbe chi, *in linea di principio*, nega la possibilità di un accordo-riduzione in moratoria?

Il Mortara, il più autorevole ed acuto avversario degli accordi-riduzione, è l'unico che si pone dal nostro stesso punto di vista, distinguendo la questione del possibile contenuto dell'accordo, da quella dell'obbligatorietà di esso pei dissenzienti, la quale, al par di noi, egli nega e per l'accordo-dilazione e per l'accordo-riduzione. Ma al Mortara la possibilità di un concordato amichevole di moratoria, che importi rimessione di una parte dei crediti, sembra ripugnante alla natura stessa ed agli scopi della moratoria, sembra la prova più palmare che sono venuti meno i presupposti indispensabili della moratoria, sembra perciò che, almeno in via di principio, e in una rigorosa applicazione della legge, un accordo-riduzione, anche consentito da tutti, non solo non possa essere omologato, ma autorizzi il magistrato a dichiarare il fallimento. Con un sottile confronto tra le disposizioni degli art. 819, 822, 826 e 828 egli dimostra che, poichè presupposto della moratoria è l'*insolvenza* del debitore accompagnata dalla sua *solvibilità*, vale a dire la prevalenza dell'attivo sul passivo (art. 819), poichè lo scopo della moratoria è il pagamento *integrale* dei debiti (art. 822), poichè il venir meno della *speranza* del pagamento totale fa cadere o ricadere il debitore morato nella procedura di fallimento (art. 826),

— Cass. Roma, 14 gennaio 1896, *Dir. comm.*, 1896, 414; — Cass. Roma, 28 luglio 1896, *Dir. comm.*, 1896, 887; — A. Roma, 10 marzo 1900, *Dir. comm.*, 1900, 438; — Trib. Livorno, 10 aprile 1901, *Dir. comm.*, 1901, 438; — **Calamandrei**, *Fallim.*, II, pag. 105; — **Fassa**, *Legge*, 1894, II, 68.

(16) **Mortara**, *Sulla interpretazione dell'art. 825 Cod. comm.*, nella *Giur. it.*, 1894, IV, 187 e seg.

poichè infine per ottenere una semplice proroga della moratoria bisogna aver pagato una *parte considerevole* dei debiti, la conclusione di un accordo portante *riduzione* dei crediti costituisce la prova più palmare che l'attivo del morato è inferiore al passivo, ne dimostra la *insolvibilità* e dovrebbe obbligare il giudice a pronunziare senz'altro l'apertura o la continuazione del fallimento (17).

Noi osserviamo che se, *per ottenere* la moratoria, il debitore deve dimostrare che l'attivo è superiore al passivo, non è escluso che, pur restando tale l'attivo, le vicende della liquidazione intrapresa, che può chiarirsi più lunga e difficile del previsto, o avvenimenti posteriori riguardanti personalmente i creditori, possano indurre questi a preferire una pronta e parziale riscossione ad un pagamento integrale, ma lontano. Il punto debole del ragionamento del Mortara sta in ciò, che egli non distingue i casi, in cui la riduzione effettiva o eventuale avviene *senza il consenso dei creditori*, da quello, in cui *i creditori stessi aderiscono alla riduzione*. Egli oppone che, trattandosi di un istituto di ordine pubblico, come il fallimento, la volontà delle parti non può derogare alle disposizioni della legge (18). Rispondiamo che non si devono confondere i due concetti di *moratoria* e di *fallimento*, potendosi dare moratoria anche all'infuori del fallimento (art. 827). Nella moratoria, da tutte le disposizioni della legge, traspare il concetto di rendere preponderante la volontà delle parti. L'art. 820 rende obbligatoria pel tribunale, appena domandata la moratoria, una convocazione dei creditori, e questa convocazione è necessaria, anche per la moratoria posteriore al fallimento, quando il tribunale non creda invece di dover, senz'altro, dichiarare il fallimento (art. 827_2) (19); l'art. 822 stabilisce che il tribunale, nel pronunciare sulla domanda di moratoria, deve tenere *conto speciale del voto della maggioranza:* l'art. 828 dà al tribunale la facoltà di concedere una seconda moratoria, *qualora vi sia il voto favorevole della maggioranza dei creditori rappresentanti la metà almeno del passivo residuo.* L'art. 825 stesso stabilisce che se, durante la moratoria, abbia luogo un accordo amichevole con tutti i creditori, *le relazioni ulteriori fra questi e il debitore si regolano secondo la convenzione.* Infine la Commissione

---

(17) **Mortara**, *Sulla interpretazione dell'art. 825 Cod. comm.*, col. 191-202.

(18) **Mortara**, col. 201.

(19) V. num. 119, nota 3.

che compilò il Progetto preliminare del Codice dichiarava: " *la volontà dei creditori è preponderante negli argomenti che riguardano la guarentigia dei loro diritti* ", e non richiedeva il voto della maggioranza solo perchè " l'esigenza del voto di una maggioranza urterebbe il più delle volte contro la più assoluta impossibilità di tempo e di luogo, e quand'anche potesse formarsi una maggioranza senza calcolare i crediti e le persone dei creditori non comparsi od aventi residenza all'estero in luoghi lontani, giusta quanto disponesi da qualche legislazione, quella maggioranza sarebbe fittizia, e tale da non potersi, sull'attendibilità di essa, fondare alcuna solida conclusione " (20). Tuttavia, il concetto della prevalenza della volontà privata in materia di moratoria fece passar sopra a queste difficoltà, e nel *Progetto definitivo* si stabilì che i creditori dovessero essere sentiti e che il magistrato dovesse tener conto speciale del voto della maggioranza (21).

Non è detto poi che le obbligazioni del debitore morato debbano essere di necessità estinte mediante il pagamento. La legge usurperebbe il còmpito della morale se richiedesse che le obbligazioni fossero ad ogni costo totalmente adempiute. Il còmpito della legge, anche in materia commerciale, è molto più modesto: essa vuole soltanto che i creditori siano soddisfatti: non indaga, nè può indagare i *motivi* per cui i creditori si dichiarano soddisfatti nè può imporre loro di dichiararsi soddisfatti solo quando hanno ricevuto nella sua integrità la prestazione a cui hanno diritto. Non è dunque vero quanto asserisce il MORTARA che " nelle leggi commerciali, il legislatore ha voluto con molto rigore provvedere e garantire che le obbligazioni commerciali siano estinte *mediante pagamento*, perchè la certezza e la garanzia di questo specifico modo di estinzione

---

(20) *Verbali della Commissione* del 1869: verbale CLVI, num. 918.

(21) L'art. 883 del *Progetto preliminare* era così concepito: " Nella prima udienza successiva al giorno dell'adunanza suddetta, il Tribunale, in contraddittorio del fallito, del curatore e dei creditori che intervengono, pronuncia sulla domanda di sospensione e, qualora la ritenga ammissibile, stabilisce il termine della moratoria ecc. ". Questo articolo, nel *Progetto definitivo*, divenne l'art. 810, così formulato: " Nella prima udienza successiva al giorno dell'adunanza suddetta, il Tribunale .... pronuncia sulla domanda di sospensione, *tenendo conto speciale del voto della maggioranza*, e, qualora ritenga la domanda ammessibile ecc. ".

è la vita stessa del commercio „ (22). Se in materia di adempimento delle obbligazioni un principio generale informa la nostra legislazione commerciale, è piuttosto quello del *puntuale pagamento* dei debiti alla scadenza, che quello dell'*integrale* pagamento. Se vi sono, nel Codice di commercio, disposizioni che, di fronte a quelle del diritto civile, sembrano più favorevoli ai pagamenti parziali (es.: art. 292 Cod. comm. di fronte all'art. 1246 Cod. civ.), tutto il Codice è invece molto rigoroso circa l'obbligo del debitore di non dilazionare il soddisfacimento delle sue obbligazioni. Basti citare l'art. 42 che vieta al giudice di accordare nelle obbligazioni commerciali la dilazione permessa dall'art. 1165 Codice civile: l'art. 290 che nega al debitore e vieta al creditore cambiario, sotto pena di perdere l'azione di regresso (art. 296, 307), le dilazioni di grazia, di favore o di uso per il pagamento della cambiale: l'art. 41 che fa decorrere di *pieno diritto* gli interessi sui debiti commerciali liquidi ed esigibili: l'art. 683 che fa dipendere la dichiarazione di fallimento dalla sola *cessazione dei pagamenti*, anche quando, essendo l'attivo superiore al passivo, il pagamento integrale dei debiti sia assicurato (la moratoria è un favore eccezionale concesso ai soli debitori sventurati e di buona fede). Lo spirito insomma della nostra legislazione commerciale è forse anche più contrario, o per lo meno altrettanto contrario alle *dilazioni* che alle *riduzioni*. Ed è naturale. Il concatenamento del credito rende in materia commerciale una dilazione, specie se prolungata, altrettanto dannosa al creditore quanto una riduzione. La pratica c'insegna che il commerciante preferirà sempre realizzare, sia pure con qualche perdita, ma *subito*, il suo attivo, piuttosto che attendere lungamente un pagamento integrale. Ora se perdita costituisce per il commerciante essere pagato a dilazione e perdita il ricevere un pagamento parziale, sarebbe enorme che la legge gli avesse impedito, nell'accordo amichevole di moratoria, lo scegliere fra le due perdite quella che gli sembra minore, e, in nome della morale commerciale, gli avesse imposto il sagrifizio maggiore di una lunga attesa, per salvare il principio dell'integrale pagamento dei debiti commerciali.

Del resto un argomento dedotto dal testo stesso della legge toglie ogni dubbio circa la possibilità che il contenuto del concordato amichevole di moratoria non si limiti a semplici riduzioni,

(22) **Mortara**, col. 200 e 201.

ma consista anche in parziali rimessioni dei crediti. L'art. 825_2, è bene rammentarlo, dice: " L'accordo può anche validamente stipularsi colla sola maggioranza dei creditori che rappresenti almeno i tre quarti del passivo, purchè i creditori assenzienti assumano, insieme col debitore, le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti e, *ove occorra, l'intiero pagamento dei loro crediti* ". Dunque, *per i creditori assenzienti,* il pagamento integrale può non sussistere: giacchè ai dissenzienti è garantito l'*intiero pagamento*, è chiaro che gli assenzienti possono anche stipulare un *pagamento parziale:* altrimenti non si saprebbe in che possa consistere questa garanzia che la legge dà ai dissenzienti. Se si potessero stipulare solo accordi-dilazione, il legislatore, al più, avrebbe parlato di *pagamento immediato*, pei dissenzienti, non già di *pagamento integrale:* la frase legislativa sarebbe davvero un non senso, se, ad ogni modo, il pagamento integrale dovesse esser certo per tutti.

123. Non è necessario che il debitore morato stipuli patti uguali con tutti i creditori: egli può concedere ad alcuno di essi particolari vantaggi. Qui vale la stessa regola che per il concordato stragiudiziale (23), e per gli identici motivi. Benchè la moratoria presupponga sempre la cessazione dei pagamenti e qualche volta anche la dichiarazione di fallimento, pure anche per il concordato di moratoria gli art. 866 e 867 Cod. comm. sono inapplicabili, oltre che per le ragioni di sostanza di cui abbiamo parlato a suo tempo, anche per una ragione formale decisiva, riferentesi all'esegesi dell'art. 866, il quale prevede e punisce il caso di vendita di voto solo nelle deliberazioni sulla *domanda di moratoria*, e non anche sull'*accordo amichevole.* E trattandosi di una disposizione proibitiva e restrittiva, l'interpretazione analogica è esclusa dall'art. 4 disp. prelim. In questo senso sono gli autori e la giurisprudenza, che hanno avuto occasione di occuparsi della questione (24).

La regola però soffre anche qui una eccezione nel caso che i particolari vantaggi siano conceduti mediante accordi segreti (25). In

(23) V. num. 102.

(24) A. Roma, 20 maggio 1895, *Foro*, 1895, 1, 1058; — Cass. Roma, 14 gennaio 1896, *Foro*, 1896, 1, 425; — A. Genova, 27 dicembre 1897, *Giur. it.*, 1898, 296; — **Fassa**, nella *Legge*, 1894, II, 72; — **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 46 e seg. dell'estratto, *sub i)*; — **Ascoli**, *La moratoria*, num. 198.

(25) **Ascoli**, *La moratoria*, num. 198.

questo caso la volontà degli altri contraenti è viziata da errore, e da errore sostanziale, perchè essi non avrebbero consentito ai sagrifizî fatti, se avessero saputo che altri aveva potuto ottenere condizioni migliori. In questo caso i vantaggi stipulati restano validamente stipulati, ma ogni contraente potrà chiedere l'annullamento dell'accordo nei suoi riguardi, per errore sostanziale (articolo 1110) (26). Tuttavia le sanzioni degli art. 866 e 867 saranno inapplicabili.

§ 3. — Forma e prova.

Sommario: 124. L'accordo amichevole in moratoria non abbisogna di alcuna solennità di convocazione e di adunanze. — 125. Non è necessario neppure che siano interpellati tutti i creditori. — 126. Non è necessaria la forma scritta. — 127. La scrittura non è necessaria neppure *ad probationem*.

124. Quanto alle *forme* in cui il concordato amichevole di moratoria deve essere stipulato, può nascere anzitutto il dubbio se l'accordo debba essere consentito in una regolare adunanza, preceduta da una regolare convocazione di tutti i creditori. La necessità della convocazione e dell'adunanza è negata da alcuni autori per un triplice ordine di considerazioni: primo, perchè la legge non prescrive tale convocazione, ed anzi la esclude, dicendo che l'accordo può validamente stipularsi colla sola maggioranza dei creditori; secondo, perchè non saprebbesi, in mancanza di tassative disposizioni, da chi e con quali modalità l'adunanza debba essere tenuta; terzo, perchè l'interesse dei dissenzienti è sufficientemente cautelato anche senza la regolare convocazione (1). Ai quali argomenti si oppone che la legge, parlando di maggioranza, presuppone un'assemblea, nella quale solo una maggioranza può formarsi: che, in mancanza di esplicite disposizioni di legge sul modo di convocare e tenere l'adunanza, si possono seguire i principî generali

(26) V., a proposito del concordato stragiudiziale, il num. 102. Conforme al testo **Ascoli**, num. 213.

(1) **Calamandrei**, *Del fallimento*, num. 642; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 803; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 332.

che regolano tale materia: che infine i creditori non assenzienti non possono mai dirsi troppo cautelati (2).

Anche a noi sembra non necessario che il concordato amichevole in moratoria sia consentito in una regolare adunanza dei creditori. Riconosciamo, che le ragioni addotte finora a sostegno di questa opinione sono assai deboli: concediamo che la confutazione fattane è esauriente: ma altri argomenti dedotti dalla natura stessa dell'istituto, ci persuadono che il concordato di moratoria, che è un concordato amichevole al pari di quello stragiudiziale, non abbisogna, come non abbisogna questo, di alcuna formalità di convocazioni e di adunanze.

Basta, per convincersi di ciò, richiamare quanto si è detto nella Parte generale di questa trattazione a proposito del fondamento giuridico dell'obbligatorietà del concordato di fallimento pei creditori non assenzienti (3). Osservammo che dovunque vi sono diritti, i quali non possono essere esercitati che in comune da più persone, le cui volontà non sempre possono essere concordi, ivi è necessario vi sia un organo della volontà collettiva. Questo organo è la maggioranza dei partecipanti deliberanti in assemblea, dove, nella discussione e nel voto, avviene quella fusione tra le singole volontà, la cui risultante è la volontà collettiva. Ma dove tale comunione di diritti non c'è, non c'è volontà collettiva, nè è necessaria l'esistenza di un'assemblea, dove si formi la volontà collettiva. Una comunanza di semplici *interessi* tra più persone, alle quali però spetta il diritto di farli valere anche separatamente, *uti singuli*, potrà rendere *utile* una intesa preventiva fra i diversi cointeressati, ma non basterà a far divenire *obbligatoria* la loro riunione in un'assemblea, nella quale non deve costituirsi alcuna volontà collettiva. Questo è appunto il caso della moratoria. Nella moratoria (lo vedremo meglio in seguito) (4) non c'è — come nel fallimento — la formazione di una *massa*, di una comunione obbligatoria fra i creditori: il debitore resta proprietario del suo patrimonio e ne conserva la disponibilità: i creditori restano liberi di agire ciascuno singolarmente come meglio crede per la tutela dei proprî interessi. Quindi, nessuna volontà collettiva, nessuna assemblea in cui si

---

(2) **Zignoni**, pag. 10 e seg. dell'estr., *sub b)*.

(3) V. num. 77 e seg.

(4) V. num. 135.

formi la volontà collettiva. È vero che, in alcuni casi, la legge impone di sentire il parere dei creditori: e questo fa risultare da una deliberazione di maggioranza presa in una riunione regolarmente convocata. Ma la convocazione e l'adunanza sono richieste soltanto quando i creditori debbono pronunciarsi sulla *concessione* o sulla *proroga* della moratoria (art. 820, 821, 827, 828 Cod. comm.) e *in questi due casi* vi è veramente un diritto dato dalla legge in comune a tutti i creditori. Poichè la moratoria si risolve in un divieto fatto a *tutti* i creditori chirografari di intraprendere o proseguire atti esecutivi contro il debitore (art. 824 Cod. comm.) la legge ha voluto conferire ad essi il diritto di esprimere il loro parere sulla opportunità di concederla o di prorogarla. Tale diritto deve di necessità essere esercitato collettivamente, appunto perchè la moratoria opera di fronte a tutti: e non può esserlo che mediante l'assemblea, dove si forma la maggioranza, organo della volontà collettiva. Ma questo diritto di esprimere il proprio voto sulla concessione o la proroga della moratoria è il solo che spetti collettivamente a tutti i creditori, perchè la moratoria non crea fra i creditori altro vincolo che questo derivante dalla temporanea comune impossibilità di compiere atti esecutivi. Per il resto i diritti di credito dei singoli creditori rimangono perfettamente indipendenti gli uni dagli altri; e quindi nessuna necessità di assemblee, le cui funzioni, nella moratoria, non possono estendersi oltre i casi tassativamente indicati dalla legge.

125. Esclusa la necessità di una regolare adunanza preceduta da una regolare convocazione, può la formulazione dell'art. 825 lasciare il dubbio, se almeno debbano *tutti* i creditori essere interpellati intorno alle proposte del debitore per la conclusione dell'accordo. Potrebbe il dubbio essere giustificato dalla distinzione che fa la legge dei creditori in due categorie: *assenzienti* e *dissenzienti*, per creditore dissenziente dovendosi intendere chi, interpellato, rifiutò di aderire all'accordo (5). Ma questa distinzione non è fatta dalla legge. Già vedemmo che fra i dissenzienti si comprendono anche i creditori assenti e non interpellati (6). Bisogna perciò credere che la legge siasi limitata a distinguere i creditori *che assentirono* e

(5) **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 13.
(6) V. num. 120.

quelli *che non assentirono* al concordato amichevole, designando questi ultimi coll'appellativo di *dissenzienti.* Se non fosse così, quale sarebbe la posizione giuridica dei creditori assenti o sconosciuti?

Basta dunque che il debitore interpelli ed ottenga l'adesione della sola maggioranza dei creditori rappresentanti i tre quarti del passivo. Valgono per la proposta di accordo amichevole le stesse regole che disciplinano tutte le proposte contrattuali. E perciò giustamente la giurisprudenza decise che il morato non ha diritto di citare in giudizio i proprî creditori per la concessione dell'accordo: perchè nessuno può essere costretto giudizialmente a stipulare un contratto, nel quale debba rinunziare ad una parte dei proprî diritti (7).

126. Se non nel *procedimento* per la conclusione dell'accordo amichevole, è richiesta almeno nella *conclusione* di esso la solennità di una forma particolare? Qualche autore ha voluto sostenere la necessità dell'atto pubblico o dell'atto autentico (8): ma questa opinione evidentemente aggiunge alla legge, che in nessun luogo richiede per la stipulazione dell'accordo amichevole in moratoria il requisito di una forma così solenne (9). Altri ritiene richiesta soltanto la solennità della scrittura (10), appoggiandosi alle considerazioni seguenti. La legge parla di *stipulazione,* il che presuppone di necessità l'atto scritto; la legge prescrive l'*omologazione* dell'accordo e solo un contratto redatto in iscritto può essere omologato: la legge infine (art. 1314, n° 7, Cod. civ.) stabilisce che le transazioni debbono essere fatte per atto scritto a pena di nullità, e il concordato amichevole di moratoria è appunto, in sostanza, una transazione. Ma la parola *stipulazione* nel diritto moderno, che ha proclamato la libertà delle forme contrattuali, non ha, nè può avere, il significato di contratto solenne che aveva la *stipulatio* romana. Oggi *stipulare* è sinonimo di *contrarre, pattuire* (es.: art. 1128, 1134, 1137, 1482, 1485, 1516, 1545_3, 1677, 1693, 1728, 1732, 1829 Cod. civ., 72, 82 Cod. comm.): e perciò nessun argomento a favore della

---

(7) Trib. Napoli, 10 settembre 1895, *Dir. comm.*, 1895, 379.
(8) **Tartufari**, *La moratoria*, num. 184.
(9) Conforme al testo: **Ascoli**, *La moratoria*, num. 197.
(10) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 802; — **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8385; — **Vitalevi**, *La moratoria*, pag. 167; — A. Firenze, 11 dicembre 1894, *Dir. comm.*, 1895, 79.

necessità della forma scritta si può dedurre dalla locuzione usata dal legislatore per designare la conclusione dell'accordo amichevole. L'omologazione poi, presuppone, *di regola*, l'atto scritto, ma non la presuppone *sempre e necessariamente*, come dovrebbe essere, perchè la scrittura fosse richiesta *ad substantiam*. Se noi troveremo un solo caso in cui l'omologazione è possibile senza atto scritto, dovremo concludere che non si può, dalla necessità dell'omologazione, dedurre la necessità della forma scritta. Ora se i creditori intervengono nel giudizio di omologazione ed essi stessi, insieme col debitore, allegando l'accordo verbale intervenuto, domandano la cessazione della moratoria, dovrà forse il magistrato negare necessariamente l'omologazione perchè l'accordo è nullo per mancanza della forma scritta? Nè vale dire che si tratta di transazione per la quale la legge richiede appunto la forma scritta, perchè, ad ogni modo, siamo in tema di transazione commerciale in cui tale solennità non è necessaria (11).

127. La scrittura non è necessaria neanche *ad probationem*. Trattandosi di un contratto commerciale, la prova testimoniale può essere ammessa anche nei casi in cui non sarebbe ammessa secondo il Codice civile (art. 44 Cod. comm.). E questa, che è regola generale per tutti i contratti commerciali, non soffre eccezioni per l'accordo amichevole in moratoria, per cui nessun testo di legge richiede la scrittura (12). Ma ciò non significa che il magistrato *debba in ogni caso* concedere la prova per testimoni allo scopo di accertare l'esistenza ed i patti dell'accordo amichevole. Bisogna ricordare che, anche in materia commerciale, nessuno ha *diritto* di ottenere la prova testimoniale, fuori dei casi in cui il Codice civile la concede; soltanto, è data al giudice *facoltà* di ammetterla, quando a lui sembri opportuno (13). Ora nulla di più giusto che il tribunale, prima di omologare l'accordo, esclusa la prova testimoniale, richieda la esibizione del contratto scritto, in cui siano con precisione indicati il numero e le persone degli aderenti, e le modalità dell'accordo (14). Ma non si può vietare al tribunale, quando

(11) V. num. 104.

(12) **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 8, *sub a)*. Contr. **Ascoli**, *La moratoria*, num. 197, che richiede l'atto scritto *ad probationem*.

(13) **Vivante**, *Trattato*, III, num. 1051.

(14) V., in questo senso, A. Lucca, 1° marzo 1895, *Giur. it.*, 1895, 144.

lo ritenga utile ed opportuno, di attingere da testimoni le notizie necessarie per formarsi un concetto esatto sulla natura e le particolarità dell'accordo.

§ 4. — Omologazione.

Sommario: 128. Necessità dell'omologazione tanto nella moratoria di fallimento quanto nella moratoria preventiva. — 129. Procedimento per l'omologazione. — 130. Impugnazione della sentenza di omologazione. — 131. Pubblicazione e notificazione della sentenza.

128. Il concordato amichevole di moratoria, essendo un concordato giudiziale, abbisogna della omologazione del tribunale. Ciò risulta testualmente dall'art. 825_3 per l'accordo stipulato nella moratoria *posteriore alla dichiarazione di fallimento.* Ma la formulazione di questo ultimo capoverso dell'articolo 825 può lasciar qualche dubbio sulla necessità dell'omologazione per l'accordo concluso nella moratoria *anteriore alla dichiarazione di fallimento.* L'art. 825, dopo aver fatto le due ipotesi, di accordo consentito dalla unanimità dei creditori, e di accordo consentito dalla semplice maggioranza, aggiunge: " In ambi i casi, *se già vi fu dichiarazione di fallimento,* l'accordo deve essere omologato dal tribunale e produce gli effetti del concordato, quanto alla chiusura del fallimento ". Dalla quale disposizione legislativa alcuni autori e non pochi giudicati hanno dedotto, per interpretazione a contrario, che, *quando non vi fu dichiarazione di fallimento,* l'accordo *non* deve essere omologato dal tribunale (1). Ma l'opinione contraria, che afferma la necessità dell'omologazione in tutti i casi, è oramai prevalsa, specie in giurisprudenza (2). E giustamente, a noi sembra. L'intervento del magistrato, mediante l'omologazione, ha un duplice scopo: quello di

(1) **Calamandrei,** *Fallim.*, num. 643; — **Vitalevi,** *La moratoria*, pag. 169; — **Direzione** del *Dir. comm.*, 1884, 336; — **Cuzzeri,** *Comm.*, num. 804; — **Guariglia,** *Concord.*, pag. 335; — A. Firenze, 11 dicembre 1894, *Dir. comm.*, 1895, 79; — Trib. Genova, 30 marzo 1895, *Legge*, 1895, II, 91; — Trib. Genova, 16 aprile 1895, *Temi genovese*, 1895, 316.

(2) **Vidari,** *Corso*, VIII, num. 8388; — **Zignoni,** *L'art. 825*, pag. 20 e seg. dell'estr., *sub f)*; — **Ascoli,** *La moratoria*, num. 201; — A. Roma, 20 maggio 1895, *Foro*, 1895, 1058; — Trib. Livorno, 28 maggio 1884, *Dir. comm.*, 1884, 337; —

accertare l'esistenza delle condizioni volute dalla legge perchè l'accordo sia valido ed efficace: quello di pronunciare, in conseguenza, la chiusura della moratoria e del fallimento. Ora questo duplice scopo si deve conseguire tanto nella moratoria *posteriore*, quanto nella moratoria *anteriore* al fallimento. Requisiti per la validità dell'accordo, cioè assenso della totalità o della maggioranza dei creditori che si assumono determinati obblighi verso i dissenzienti, sono richiesti e per l'accordo nella moratoria di fallimento e per l'accordo nella moratoria preventiva (art. 825 e 827 Cod. comm.). Necessità di pronunciare la chiusura di un procedimento giudiziale vi è nella moratoria preventiva altrettanto quanto nella moratoria posteriore alla dichiarazione di fallimento. Anche la moratoria anteriore importa l'inizio di una procedura giudiziaria, colla costituzione di una Commissione di sorveglianza, la nomina di un giudice delegato, l'adozione dei provvedimenti atti a conservare l'integrità del patrimonio del debitore, il divieto fatto al morato di disporre dei suoi beni senza l'autorizzazione del tribunale (art. 827, 822, 823). Anche nella moratoria anteriore al fallimento il debitore deve far constare di avere, entro il termine di sei mesi o, al massimo, di un anno, soddisfatto tutti i suoi debiti scaduti o di aver ottenuto dai creditori dilazioni al pagamento (art. 827, 822_2). Anche nella moratoria anteriore al fallimento, come nella moratoria posteriore, non vi sono che tre vie di uscita dal procedimento giudiziario apertosi: o il pagamento di tutti i creditori, o l'accordo coi creditori, o il fallimento. Anche qui dunque è necessario l'intervento del magistrato che dichiari chiusa la moratoria, constatando l'accordo concluso o il pagamento avvenuto, o che dichiari il fallimento, constatando che nè l'una, nè l'altra cosa è stata possibile (3).

Nè l'argomento *a contrario* che si vuol dedurre dal testo dell'art. 825_3 può distruggere la conseguenza che deriva, riguardo alla necessità dell'omologazione, da questa identità di condizione giuridica dell'accordo di moratoria concluso prima e di quello concluso dopo la dichiarazione di fallimento. L'art. 825 è scritto per la moratoria posteriore al fallimento, come in genere tutte le dispo-

A. Lucca, 1° maggio 1895, *Giur. it.*, 1895, 144; — A. Genova, 22 dicembre 1892, *Foro*, 1893, 329; e 18 luglio 1895, *Temi gen.*, 1895, 525; — Cass. Torino, 10 dicembre 1896, *Foro*, 1897, 343; — A. Firenze, 20 maggio 1899, *Foro*, 1899, 943.

(3) V. num. 116.

sizioni sulla moratoria, che l'art. 827 richiama per la moratoria preventiva, *in quanto non sono con essa incompatibili.* L'art. 825_3, occupandosi degli effetti dell'accordo amichevole posteriore al fallimento, volle pareggiarlo al concordato *quanto alla chiusura del fallimento*: e disse perciò che l'accordo omologato, al pari del concordato omologato, fa cessare lo stato di fallimento e chiude la procedura di fallimento (art. 841). Questo effetto dell'accordo amichevole presupponendo di necessità la dichiarazione di fallimento, la legge ha premesso la frase " se già vi fu dichiarazione di fallimento ". *La quale pertanto non deve riferirsi all'omologazione dell'accordo,* in modo da dedurne che se dichiarazione di fallimento non vi fu, l'omologazione non è necessaria: *ma agli effetti dell'accordo omologato:* il quale, se vi fu la dichiarazione, produce la cessazione del fallimento, e se non vi fu dichiarazione, produce solo la chiusura della moratoria. L'art. 825_3 si occupa e dell'omologazione e degli effetti dell'accordo omologato. Ciò che vi si dice dell'omologazione si può applicarlo all'accordo preventivo e per ciò lo si deve, secondo quanto dispone l'art. 827: ciò che vi si dice degli effetti dell'accordo non è applicabile che all'accordo posteriore alla dichiarazione di fallimento e, anche secondo l'art. 827, non lo si può estendere all'accordo preventivo. E ciò appunto dichiara e conferma l'art. 825 stesso colla restrizione: *se già vi fu dichiarazione di fallimento.*

129. L'omologazione può essere chiesta da ogni interessato, debitore o creditore. Ma come dovrà aver luogo il *procedimento di omologazione*? Dovrà seguirsi la forma del procedimento *contenzioso*, e perciò dovrà chi chiede l'omologazione procurarsi il contraddittorio di tutti gli interessati? Oppure si è qui in materia da trattarsi in Camera di Consiglio e senza contraddittorio e discussione pubblica? La pratica suol seguire la forma del procedimento in Camera di Consiglio, più semplice e spedita. Ma la questione deve farsi, di fronte al testo dell'art. 911, il quale dispone in modo generale che tutte le deliberazioni del tribunale in materia di fallimento debbono essere trattate in udienza pubblica e precedute dalla relazione del giudice delegato, salvo alcune decisioni espressamente enumerate nello stesso art. 911. L'articolo 911 è così formulato:

" Tutte le deliberazioni del tribunale in materia di fallimento

sono precedute dalla relazione del giudice delegato fatta in pubblica udienza.

" Tuttavia la dichiarazione del fallimento, nei casi preveduti negli articoli 686, 687 e 688 e i provvedimenti indicati negli art. 675, 727 e 746 possono essere pronunciati in Camera di Consiglio senza relazione del giudice delegato, salva inoltre l'eccezione stabilita nell'art. 720 ".

Premetto che questa disposizione, benchè sembri scritta per le deliberazioni " in materia di fallimento " vale tanto per le decisioni da prendersi nella procedura di fallimento propriamente detta come per quelle che concernono la moratoria. La legge comprende nella " materia di fallimento " anche la moratoria: ciò si desume anzitutto dal concetto che ha la legge della moratoria che viene dal nostro Codice considerata come un episodio o incidente della procedura di fallimento: tanto vero che è collocata nel titolo che tratta " della cessazione e della sospensione del fallimento ": si desume dall'art. 919 che fra le sentenze " in materia di fallimento " accenna a quelle sulle controversie indicate nell'art. 822; si desume dall'art. 912, posto sotto il capo " Disposizioni speciali per la procedura di fallimento ", in cui sono enumerate parecchie decisioni in materia di moratoria (es.: quelle degli articoli 820, 822, 826, 827, 828).

Ciò premesso, a noi non sembra dubbio che l'art. 911 presupponga l'oralità ed il contradittorio in tutti i giudizi *di fallimento e di moratoria*, ed *implicitamente li prescriva.* Il che risulta dalle considerazioni seguenti, *le quali dimostrano che la legge non ha voluto, nell'art. 911, limitarsi ad imporre l'obbligo della previa relazione del giudice delegato, lasciando poi impregiudicata la questione circa la forma del procedimento*, come apparirebbe ad una prima lettura dell'articolo; ma ha voluto, invece, *disciplinare appunto la forma del procedimento*, prescrivendo che non solo la *relazione*, ma tutta la *trattazione* della causa avvenga in udienza pubblica. — Quattro argomenti provano che questa è la vera portata dell'art. 911: *a)* stabilendo che la *relazione* del giudice delegato deve essere fatta *in pubblica udienza*, l'art. 911 stabilisce implicitamente che anche la *discussione* segue in pubblica udienza, giacchè non si saprebbe comprendere la necessità che *la sola relazione avvenga in udienza*, quando il resto della causa deve trattarsi in *Camera di Consiglio.* Questa disposizione si spiega invece benissimo, se si ammette che la di-

scussione debba avvenire in udienza; *b)* significante è la contrapposizione tra la prima e la seconda parte dell'art. 911. La prima stabilisce la regola: *le deliberazioni in materia di fallimento debbono essere precedute dalla relazione del giudice delegato fatta in pubblica udienza*. La seconda vi porta l'eccezione: alcune decisioni espressamente ricordate possono " *tuttavia... essere pronunciate in Camera di Consiglio senza relazione del giudice delegato* ". Prova eloquente che le altre *non possono essere pronunciate in Camera di Consiglio!* Se la legge avesse voluto limitarsi a stabilire soltanto che per queste altre decisioni si può fare a meno della relazione del giudice delegato, non avrebbe sentito il bisogno di aggiungere che *possono essere pronunciate in Camera di Consiglio*. Se in Camera di Consiglio potessero essere pronunciate *tutte le decisioni*, di cui si occupa la regola, perchè la legge lo avrebbe consentito *espressamente* per quelle sole, a cui si riferisce l'eccezione?; *c)* decisivo è il rinvio con cui termina l'art. 911: " *salva inoltre l'eccezione stabilita nell'art. 720* ". Quale è questa eccezione? L'art. 720 dice: " Il tribunale può in ogni tempo revocare il curatore e surrogare ad esso altra persona, a domanda dei creditori, o d'ufficio, *dopo averlo sentito in Camera di Consiglio* ". L'*eccezione* è dunque un caso, in cui *la legge prescrive il procedimento in Camera di Consiglio*. La *regola* non può essere allora che il *contradittorio e la discussione in pubblica udienza*. Quest'ultima parte dell'art. 911 è decisiva, perchè qui l'eccezione è *pura:* in essa la legge parla solo di *procedimento in Camera di Consiglio*, senza l'elemento perturbatore della *relazione*. E perciò, il contrapposto della *eccezione* e quindi la *regola* non può essere che uno solo: la *discussione in udienza*; *d)* i lavori preparatori escludono ogni dubbio riguardo a questa interpretazione. La Commissione che preparò il *progetto* preliminare, così giustificava e spiegava la disposizione in questione: " *L'oralità e la pubblicità dei giudizi è una delle principali guarentigie riconosciute dal nostro diritto pubblico interno e quindi anche nella materia dei fallimenti deve essere osservata nella maggiore estensione possibile.* Ma allorchè si tratta di pronunciare la dichiarazione del fallimento ad istanza del fallito medesimo o d'ufficio, e così pure qualora devesi ordinare la cattura del fallito o la surrogazione del giudice delegato, ovvero debbasi accordare una dilazione alla presentazione del bilancio, *la pubblica discussione non potrebbe aver luogo, per mancanza di un legittimo contradittore, o perchè può de-*

rivarne pregiudizio allo scopo del provvedimento. La stessa cosa dovrebbe dirsi nei casi di revocazione del curatore, *ai quali si è già provveduto, col prescrivere che egli sia sentito in Camera di Consiglio, imperciocchè la formalità di un pubblico giudizio* potrebbe essere a lui dannosa..... Ritenuto quindi, che tutte le deliberazioni del tribunale in materia di fallimento debbano essere precedute dalla relazione del giudice delegato fatta in pubblica udienza, è necessario stabilire, *in via di eccezione,* che nei casi sopra enunciati possa procedersi in Camera di Consiglio, senza relazione del giudice delegato „ (4).

La regola è dunque, senza dubbio, *che tutte le deliberazioni del tribunale in materia di fallimento debbono essere precedute dal contradittorio e dalla discussione in pubblica udienza.* Ma questa regola non può essere senza eccezioni.

La prima categoria di eccezioni è quella stabilita espressamente dall'art. 911 stesso, e comprende le decisioni di cui agli art. 686, 687, 688, 695, 727, 746, 720.

Una seconda categoria di eccezioni è costituita da quei casi in cui il Codice di commercio, in articoli diversi dal 911, prescrive che un determinato provvedimento debba essere dato in Camera di Consiglio (es.: art. 836_4).

Una terza categoria di eccezioni è data da tutte quelle decisioni, in cui il tribunale esercita un ufficio semplicemente amministrativo o di tutela, e la necessità del contradittorio è esclusa dalla mancanza di un legittimo contradittore (es.: art. 717, 721, 797, 799, 816, ecc., e inoltre, ogni volta che il tribunale si pronuncia *d'ufficio*).

L'omologazione dell'accordo amichevole di moratoria non è compresa in nessuna delle due prime categorie. Sarà compresa, ed in quali casi, nella terza?

Nella sentenza di omologazione dell'accordo amichevole in moratoria bisogna distinguere due parti: nella prima, il giudice verifica la regolarità del contratto *(omologazione propriamente detta)*; nella seconda, come conseguenza necessaria ed indeclinabile dell'esistenza di un accordo regolarmente stipulato, ordina la chiusura della moratoria e del fallimento. Ora, l'esame che il magistrato fa dell'accordo non è diretto già a *dichiararne la validità:* perchè il giudice sia chiamato a dichiarare la validità di un contratto, *occorre che*

---

(4) *Atti della Commissione,* III, num. 941.

questa validità sia contestata: occorre che il contratto sia impugnato come nullo. Se fosse diversamente, chi domanda l'omologazione di un atto, *dovrebbe egli fornire la prova della mancanza di vizi*: cosa assurda, nessuno potendo essere tenuto a dare una prova *negativa*. Nei procedimenti di omologazione che cosa dovrà dunque dimostrare colui che la domanda, e che valore avrà la pronuncia del magistrato? Bisogna ricordare che nell'omologazione degli atti si esplica non già la funzione propriamente *giudicante* del magistrato, ma una funzione di *tutela amministrativa* devoluta dalla legge al giudice. Vi sono alcuni atti giuridici, i quali, o per riguardo alle persone che li pongono in essere, o per riguardo a certi loro particolari effetti, non possono produrre le conseguenze di cui sono capaci e a cui sono diretti, senza avere ottenuto la sanzione del magistrato. Per lo più la efficacia di questi atti è soggetta a requisiti particolari, specie di forma, per l'osservanza dei quali la legge non si contenta di una tutela *repressiva*, della facoltà cioè data a chi vi abbia interesse a impugnarne la validità, ove quei requisiti difettino, ma provvede ad una tutela *preventiva* che consiste in un esame anticipato ed obbligatorio fatto dal giudice per verificare la regolarità dell'atto. In questo suo ufficio di tutela *preventiva* (5) il magistrato non accerta rispetto a nessuno l'adempimento dei requisiti di legge, ma verifica *per suo conto* se la legge è stata rispettata. E nella verificazione ha la più ampia libertà d'iniziativa: non già deve attenersi (caratteristica del giudizio contenzioso) a ciò che hanno allegato e provato le parti. Chi domanda l'omologazione non è tenuto ad una vera prova dell'osservanza della legge, perchè prova è la dimostrazione di un fatto che si dà in confronto di colui contro il quale si allega: qui si tratta piuttosto di informazioni che si forniscono *esclusivamente* al magistrato. Nè il concorso delle condizioni di legge è l'*oggetto* della pronuncia del magistrato: l'oggetto della pronuncia è l'*omologazione*: l'adempimento delle condizioni è il *motivo*, non sempre unico (qualche volta il magistrato deve anche

---

(5) È questa appunto la caratteristica della giurisdizione volontaria: v. **Mortara**, *Manuale della procedura civile*, I, num. 29; — **Glück**, *Erl. der Pandekten*, III, num. 93; — **Osterloh**, *Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Civilprozesses*, Leipzig, 1856, I, § 12; — **Canstein**, *Lehrbuch d. österr. C. P.*, Wien, 1880-82, I, 28 e seg., e, in fondo, anche **Wach**, *Handbuch d. deutsch. Civilprozessrechts*, I, p. 53.

apprezzare la *convenienza* e l'*opportunità* dell'atto), che ha indotto il magistrato all'omologazione. — Tutto ciò dimostra che colla semplice omologazione dell'accordo non si ottiene la dichiarazione di un diritto contro nessuno, ma si consegue soltanto l'assenso del magistrato, necessario per l'efficacia di un contratto che le parti hanno voluto e non impugnano e che — come contratto — ha effetto unicamente fra le parti. Quindi nè necessità, nè *possibilità* di contradittorio. Il che non toglie che le parti possano *impugnare* la validità dell'accordo. Ed allora, ma allora soltanto sorgerà una contestazione, e perciò un giudizio in contradittorio. Quando dunque qualcuno dei contraenti impugna l'accordo prima della omologazione, il procedimento non contenzioso di omologazione si muta in un giudizio in contradittorio: e se il magistrato respinge le azioni di nullità, nella stessa sentenza omologherà l'accordo.

Non bisogna dimenticare però che, nel concordato di moratoria, il giudice non si limita — come in altre occasioni — a dare al contratto il suggello della sua sanzione: egli, omologato il contratto, deve altresì trarne quella conseguenza che è inerente alla natura dell'accordo: la chiusura della moratoria e del fallimento. Anzi *l'omologazione dell'accordo non è concessa perchè il contratto abbia efficacia come tale fra i contraenti, ma appunto allo scopo di far cessare la moratoria e il fallimento.* Questa circostanza, che non influisce per nulla sulla condizione dei creditori che aderiscono al contratto, ha una importanza rilevante rispetto ai creditori che non vi aderirono. Quanto ai creditori aderenti, poichè scopo del contratto è quello di far cessare lo stato di fallimento e di ottenere la chiusura della moratoria e del fallimento, poichè il contratto, fino a quando non è impugnato, si deve ritenere la espressione vera e legale della volontà dei contraenti, la effettiva cessazione della moratoria e del fallimento in seguito alla omologazione rappresenta il conseguimento di ciò che questi hanno voluto. Può dirsi anzi che chi domanda l'omologazione agisce in rappresentanza di tutti gli aderenti, i quali pertanto non possono certo considerarsi come legittimi contradittori nel procedimento di omologazione, fino a che non hanno essi impugnato il contratto. Diversamente stanno le cose rispetto ai creditori non assenzienti. Ad essi poco importerebbe che il contratto ricevesse il suggello del magistrato se non si trattasse che di ratificare l'accordo quanto ai suoi effetti *inter partes*, perchè

non sono tenuti all'accordo. Ma poichè l'omologazione è fatta allo scopo di chiudere la moratoria e il fallimento, e colla chiusura dell'una e dell'altro si sciolgono le cautele che la legge ha predisposto nell'interesse di *tutti* i creditori, e il debitore rientra nell'integrità dei suoi diritti, qui si entra veramente nel campo della procedura contenziosa. Gli assenzienti rappresentati da chi domandò l'omologazione accampano un loro diritto alla chiusura della moratoria e del fallimento, che è in contrasto col diritto spettante ai dissenzienti alle garanzie dei due procedimenti. Il conflitto di diritti e d'interessi qui è patente: la possibilità del contraddittorio innegabile e innegabile pure l'applicabilità della norma generale dell'art. 911 Cod. comm. Nè può invocarsi, in contrario, l'esempio del concordato di fallimento, in cui l'omologazione può avvenire senza contraddittorio ed in Camera di Consiglio, anche quando l'accordo non fu assentito che dalla maggioranza (art. 836). Nel concordato di fallimento vi è un termine stabilito dalla legge per far opposizione, trascorso il quale la legge concede di ottenere l'omologazione senza il contraddittorio dei dissenzienti. Nell'accordo di moratoria invece abbiamo bensì una sentenza che, chiudendo la moratoria e il fallimento, non può non avere effetto rispetto a tutti i creditori (6), ma per la quale nessun termine è stabilito per farvi opposizione. Nel concordato si tratta di una disposizione affatto eccezionale, che non è possibile estendere, nel silenzio della legge, all'accordo amichevole di moratoria.

Tutte queste osservazioni ci portano a concludere:

a) che il contraddittorio non è possibile rispetto ai creditori assenzienti, i quali si devono tutti intendere virtualmente rappresentati da chi domanda l'omologazione dell'accordo. E perciò, malgrado il disposto dell'art. 911_1, l'omologazione dell'accordo avverrà in Camera di Consiglio e senza contraddittorio, quando si tratti di accordo consentito da tutti i creditori (art. 825_1). Non applicandosi l'art. 911_1, la relazione del giudice delegato non avverrà in udienza, ma in Camera di Consiglio, secondo le disposizioni dell'art. 781 Cod. proc. civ.

b) che il contraddittorio è possibile, rispetto ai non assenzienti

---

(6) Come la giurisprudenza ha sempre riconosciuto: Trib. Perugia, 1° settembre 1895, *Giurista*, 1895, 374; — C. Torino, 10 dicembre 1896, *Foro*, 1897, 343; — A. Genova, 27 dicembre 1897, *Giur. it.*, 1897, 269.

(assenti e dissenzienti). E perciò, nel caso di accordo concluso colla semplice maggioranza (art. 825_2), il procedimento di omologazione, in ossequio all'art. 911_1 dovrà avvenire col contradittorio dei creditori non assenzienti. La discussione avverrà in pubblica udienza e in pubblica udienza sarà fatta la relazione del giudice delegato.

I creditori assenzienti nell'uno e nell'altro caso possono impugnare la validità dell'accordo e quindi opporsi all'omologazione: ma debbono farlo, in caso di accordo *colla totalità*, istituendo giudizio in contradittorio del debitore e di tutti i creditori: allora soltanto il procedimento non contenzioso di omologazione si muta in procedimento contenzioso. Quando si tratti di accordo *colla maggioranza*, e il giudizio contenzioso sia già istituito in contradittorio dei non assenzienti, gli assenzienti potranno impugnare la validità dell'accordo, intervenendo, nelle forme ordinarie dell'intervento in causa, nella causa vertente coi non assenzienti.

Il còmpito del tribunale, tanto nel caso di contradittorio, quanto nel caso di procedimento in Camera di Consiglio, deve limitarsi a verificare e giudicare della regolarità e validità dell'accordo, così come gli è presentato. Non potrà mai modificare i patti concordati. L'accordo è un vero contratto fra debitore e creditori: l'intervento del giudice non è diretto già a *costituire* il contratto, ma a sanzionare il contratto già costituito (7).

130. La sentenza che omologa l'accordo è impugnabile? Lo si nega da qualche autore, in base all'art. 913 Cod. comm., il quale dichiara non soggette nè ad opposizione, nè ad appello, tutte le sentenze in materia di fallimento, ad eccezione dei casi preveduti negli art. 693, 706, 816 e 836, e delle sentenze finali di primo grado sulle controversie indicate negli art. 765, 807 e 822 (8).

A noi non sembra, che la sentenza, la quale omologa l'accordo amichevole in moratoria, sia fra quelle che l'art. 913 Cod. comm. dichiara non soggette nè ad opposizione, nè ad appello. Lo stesso art. 913 esclude dalla non impugnabilità le " *sentenze finali in primo grado di giurisdizione sulle controversie indicate negli art. 765, e 822* ". La sentenza che omologa l'accordo amichevole e dichiara

(7) **Ascoli**, *La moratoria*, num. 202. — Contr. **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8388.

(8) **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8389; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 803; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 335.

chiusa la moratoria è appunto una sentenza finale di primo grado colla quale si pone termine ai provvedimenti conservativi indicati nell'art. 822. Questo articolo stabilisce un regime di sorveglianza dal quale il debitore non può uscire che: o soddisfacendo i suoi debiti, o accordandosi coi creditori, o, nel caso che nè l'una, nè l'altra cosa avvenga, cadendo o ricadendo nel fallimento. La sentenza che chiude quel regime di cautele o pronunziando l'apertura o la prosecuzione del fallimento, o constatando il pagamento, o omologando l'accordo, è, evidentemente, una *sentenza finale su una controversia che, in base all'art. 922, deve inevitabilmente agitarsi, al più tardi, allo scadere della moratoria* (9).

Ma se la sentenza che omologa l'accordo amichevole e chiude la moratoria è impugnabile, *con quale rimedio* potrà impugnarsi? Varie soluzioni sono state proposte di questa importante questione. La giurisprudenza propende a concedere ai creditori l'*opposizione di fallimento* (10), quella specie particolare di rimedio, proprio della procedura di fallimento, che gli art. 693, 706, 913_3 consentono contro determinate pronuncie, le quali, benchè emesse in Camera di Consiglio, feriscono l'interesse del fallito o dei creditori non intervenuti nel procedimento (11). Qualche autore invece ritiene che la sentenza omologatrice possa impugnarsi coll'opposizione di terzo (12). Infine non è mancata qualche decisione, la quale ha affermato che ai creditori spetta, a loro scelta, il rimedio dell'opposizione o quello dell'appello (13).

Ma nessuna di queste soluzioni può soddisfare. Bisogna tener presente anzitutto che il rimedio della *opposizione* concesso dagli articoli 693, 796, 913_3, non è un rimedio generale per tutte le pronuncie in materia di fallimento emesse in Camera di Consiglio, ma

(9) V., nel senso del testo, ma per altri motivi non tutti accettabili, **Zignoni**, pag. 24 e seg. dell'estr., *sub g)*, e la giurispr. prevalente: A. Genova, 22 dicembre 1892, *Foro*, 1893, 329; — A. Ancona, 12 settembre 1894, *Foro*, 1894, 1105; — Trib. Perugia, 1° settembre 1895, *Giurista*, 1895, 374; — C. Firenze, 28 marzo 1895, *Foro*, 1895, 547; — A. Lucca, 1° marzo 1895, *Giur. it.*, 1895, 144; — Cass. Roma, 14 gennaio 1895, *Foro*, 1895, 541.

(10) C. Firenze, 28 marzo 1895, *Foro*, 1895, 547; — A. Lucca, 1° marzo 1895, *Giur. it.*, 1895, 144; — A. Ancona, 12 settembre 1894, *Foro*, 1894, 1105.

(11) La natura particolare di questo rimedio fu esattamente messa in luce dal **Bolaffio**, *Comm.*, num. 30.

(12) **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 28 e seg. dell'estratto.

(13) A. Genova, 22 dicembre 1892, *Foro*, 1893, 329.

un rimedio particolare per alcune determinate pronuncie (14), fra le quali non è, nè potrebbe essere quella dell'omologazione dell'ac-

(14) Il **Bolaffio**, a cui spetta il merito di avere per il primo affermato e dimostrato la particolare natura giuridica del rimedio dell'opposizione, di cui si parla negli art. 695, 706, 913 Cod. comm., delineandone con molta precisione le differenze colla *opposizione di terzo* e colla *opposizione contumaciale*, afferma anche (*Commento*, num. 30, e *Foro*, 1887, 573), che questa specie di opposizione spetta, in forza dell'art. 913, contro tutte e quattro le sentenze di cui negli articoli 693, 706, 816 e 836, richiamate nell'art. 813, e, in genere, contro tutte le decisioni emesse in Camera di Consiglio in materia di fallimento. Come è detto nel testo, dissentiamo su questo punto dall'illustre autore. Già contro l'affermazione che tutte le decisioni emesse in Camera di Consiglio siano suscettibili di opposizione secondo gli articoli 693, 706 e 913 sta la lettera dell'art. 913, il quale *non* enumera, tra le decisioni impugnabili colla opposizione, quelle degli articoli 695, 727 e 746, che per l'art. 911 indubbiamente debbono emettersi in Camera di Consiglio. Ma neppure tutte e quattro le decisioni degli art. 693, 706, 816 e 836, richiamate dall'art. 913, sono suscettibili di opposizione. Come osserva egregiamente il **Bonelli**, *Commentario*, num. 161, dall'escludere che l'art. 913 fa i casi degli art. 693, 706, 816 e 836 dalla regola che le sentenze in materia di fallimento non sono soggette nè ad opposizione nè ad appello, è illegittimo dedurre che in quei casi le sentenze sono soggette *e* ad opposizione *e* ad appello " come se l'opposto logico di una doppia negativa fosse la doppia affermativa ". In altri termini *non è dall'art. 913_2 che si può decidere quali sentenze siano opponibili e quali appellabili.* L'art. 913 ci dice solo *quali sentenze sono o opponibili o appellabili.* Ma per determinare *quando* spetta il rimedio della opposizione, bisogna starsene alle disposizioni date volta per volta dalla legge, tenendo presente che si tratta di un rimedio affatto particolare ed eccezionale. Ora, il Codice, per due sole sentenze concede questo rimedio: per la sentenza che pronuncia intorno alla dichiarazione di fallimento, sia che dichiari il fallimento (art. 693), sia che respinga la domanda di dichiarazione (art. 913_3): e per la sentenza che fissa la data della cessazione dei pagamenti (art. 706), la quale non è che una continuazione o un complemento della sentenza dichiarativa del fallimento, tanto vero che la data della cessazione può essere stabilita anche nella sentenza dichiarativa: (art. 704). — *Negli altri casi valgono le norme generali vigenti in tema di gravami secondo il Codice di procedura civile* (art. 685 Cod. comm.). Quanto all'art. 836, bisogna concludere che l'art. 913 abbia inteso riferirsi all'appello e all'opposizione ordinaria (di terzo o contumaciale) spettante *contro la sentenza che pronunzia sulla omologazione del concordato:* non ha potuto riferirsi (come sembra credere il **Bolaffio**, op. cit., loc. cit., *sub d)*) alla *opposizione* che spetta, per l'art. 836_2, ai creditori dissenzienti e non intervenuti, *prima dell'omologazione*, giacchè — come osserva del resto benissimo il **Bolaffio** stesso — qui non si tratta di un *rimedio contro una sentenza*, ma di una semplice *protesta preventiva* (noi diremmo addirittura: dell'esercizio dell'azione di nullità contro il concordato concluso: v., in seguito, num. 217). E

cordo amichevole in moratoria. Le sentenze contro le quali è concessa la così detta " opposizione di fallimento „ sono quelle che decidono sulla dichiarazione del fallimento e sulla determinazione della data della cessazione, le quali, benchè possano modificare la condizione giuridica del fallito e dei creditori e quindi, a rigore, richiedano un regolare contraddittorio, invece, secondo la legge, sono emesse in Camera di Consiglio (art. 911_2). Ciò non è affatto per la sentenza che omologa l'accordo amichevole, la quale non può essere emessa in Camera di Consiglio, se non quando il contraddittorio è impossibile. Quindi ambedue le opinioni manifestatesi in giurisprudenza, quella che concede la sola opposizione e quella che concede alternativamente l'opposizione o l'appello, estendono arbitrariamente oltre i limiti voluti della legge un istituto processuale di diritto singolare creato per alcuni casi speciali, tassativamente indicati. Nè meglio fondata è l'opinione che concede ai creditori l'opposizione di terzo. Questa opposizione non spetta contro le decisioni emanate in Camera di Consiglio e senza contraddittorio (l'art. 510 Cod. proc. civ. parla di sentenza pronunciata *tra altre persone*): nè, nei giudizi in contraddittorio, spetta alle parti che sono state citate (alle quali spetta o l'appello o l'opposizione contumaciale: art. 474 e 481 Cod. proc. civ.). Quindi, *normalmente*, di opposizione di terzo non si può parlare, nel procedimento di omologazione dell'accordo, che deve avvenire o in Camera di Consiglio senza contraddittorio, o in udienza col contraddittorio dei dissenzienti.

Applicando le norme del Codice di proc. civ. sulla impugnazione delle sentenze e delle decisioni emesse in Camera di Consiglio, e ricordando che la forma del procedimento è diversa nel caso che l'accordo fu consentito da tutti e non è impugnato come nullo dagli assenzienti, e nel caso che fu consentito dalla sola maggioranza oppure viene impugnato dagli assenzienti, dobbiamo concludere:

a) che quando si è seguito il procedimento in Camera di Consiglio, la sentenza che omologa l'accordo non può impugnarsi di-

---

quanto all'art. 816 bisogna dire che al fallito, il quale vede rifiutarsi la cancellazione dall'albo dei falliti, spetta il rimedio del *reclamo*, secondo l'art. 781 Cod. proc. civ. Qui evidentemente siamo in materia da trattarsi *in Camera di Consiglio*, malgrado il disposto dell'art. 911, perchè essendo impossibile il contraddittorio, riprende vigore la disposizione generale dell'art. 778_2 Cod. proc. civile.

rettamente. Si potrà farla cadere solo impugnando la validità dell'accordo mediante apposito nuovo giudizio istituito in contradittorio. Il procedimento in Camera di Consiglio presuppone il consenso unanime e la non impugnazione dell'accordo da parte dei consenzienti. Ora, finchè l'accordo non è impugnato, chi assentì al contratto non ha interesse ad opporsi a che esso produca le conseguenze da lui volute: nè d'altro canto può per la prima volta in appello impugnare la validità del contratto. Se invece il tribunale *nega l'omologazione*, chi la domandò può *reclamare* alla Corte d'appello nelle forme dell'art. 781_2 Cod. proc. civ.;

b) che quando vi è stato il contradittorio o dei dissenzienti o degli assenzienti impugnanti la validità del contratto, si applicano puramente e semplicemente le norme del procedimento ordinario: e quindi agli intervenuti nel giudizio spetterà l'appello (art. 481 Cod. proc. civ.); ai citati, ma non intervenuti, l'opposizione contumaciale (art. 474 e seg. Cod. proc. civ.); a chi non intervenne e non fu citato, l'opposizione di terzo (art. 510 Cod. proc. civ.) (15).

131. Può dubitarsi se la sentenza che pronuncia sulla omologazione dell'accordo e la chiusura della moratoria debba essere sempre regolarmente *notificata* o se basti la *pubblicazione* a norma dell'art. 912 Cod. comm.; o, infine, se occorrano ambedue (16). A noi sembra che la pubblicazione nei modi dell'art. 912 sia necessaria sempre, ma non sempre sia sufficiente. È necessaria tanto nel caso di procedimento in Camera di Consiglio, quanto nel caso di procedimento in contradittorio, perchè anche la sentenza che pronuncia sull'omologazione dell'accordo amichevole in moratoria, al pari di tutte le decisioni enumerate nell'art. 912, ha una portata universale e produce effetti non solo rispetto a chi intervenne nel procedimento, non solo rispetto ai creditori citati e non intervenuti, ma anche rispetto ai creditori non citati, sconosciuti o assenti. Il non averla l'art. 912 compresa esplicitamente fra le decisioni per cui è necessaria la notificazione, non significa che l'abbia voluta escludere. La legge ha ordinata la pubblicazione di tutte " le sen-

(15) V. Trib. Livorno, 10 aprile 1901, *Dir. comm.*, 1901, 438.

(16) A. Roma, 20 maggio 1895, *Foro*, 1895, 1058; — A. Genova, 22 novembre 1895, *Foro*, 1896, 322. — Contr. **Vassallo**, *Temi genovese*, 1895, 70; — **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 31 dell'estratto.

tenze ed ordinanze *pronunciate giusta l'art. ..... 822* „. Ora non può ritenersi *pronunciata giusta l'art. 822* anche la sentenza che, omologando l'accordo, constata avere il debitore obbedito all'ingiunzione fattagli dalla legge negli art. 822 e 825 di soddisfare i creditori o accordarsi con essi, durante la moratoria? In questo senso appunto si è pronunziata la giurisprudenza. — Ma la pubblicazione non è *sufficiente* quando vi è stato un giudizio in contradittorio. Qui riprendono vigore le norme generali che richiedono la *notificazione* della sentenza alle parti e solo dalla notificazione fanno decorrere i termini per impugnarla. Se si è potuto affermare (17) che la *pubblicazione* secondo l'art. 912 è una formalità *sostitutiva* e non semplicemente *complementare* della notificazione, per la sentenza *dichiarativa* del fallimento, altrettanto non può sostenersi per la sentenza omologativa dell'accordo amichevole in moratoria. Per la dichiarazione di fallimento abbiamo una disposizione espressa, quella dell'art. 693, che fa decorrere i termini per impugnarla dalla *pubblicazione*. Nulla di simile nel caso nostro, per il quale pertanto conviene applicare i principî generali sulla notificazione delle sentenze (18).

§ 5. — Effetti.

Sommario: 132. Effetti dell'accordo sulla procedura di fallimento e di moratoria. — 133. Condizione giuridica dei creditori non assenzienti. Varie opinioni manifestatesi in proposito e loro confutazione. — 134. Continua. — 135. Nostra opinione. — 136. Obbligazione degli assenzienti verso i dissenzienti. — 137. Competenza per le azioni dei dissenzienti. — 138. Cancellazione dall'albo dei falliti e cessazione del procedimento penale. — 139. Condizioni dei coobbligati e fideiussori.

132. Omologato l'accordo, cessa la procedura di moratoria, senza che subentri quella di fallimento. Il debitore ritorna perfettamente libero nell'amministrazione e nella disponibilità dei suoi beni, ed i creditori sono sciolti da ogni vincolo quanto all'esercizio delle loro azioni creditorie. Se la moratoria è *posteriore* al falli-

(17) **Bonelli**, *Commentario*, num. 160; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 135; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 31.

(18) V., nel senso del testo, Trib. Livorno, 10 apr. 1901, *Dir. comm.*, 1901, 438.

mento, la chiusura della moratoria per mezzo dell'accordo amichevole produce anche la chiusura del fallimento (art. 825_3). Cessano quindi le funzioni del curatore e della delegazione dei creditori; il curatore rende al fallito il conto della sua amministrazione (art. 825_3 e 841).

Per la sola omologazione dell'accordo però nè il nome del debitore è cancellato dall'albo dei falliti, nè si arresta il procedimento penale iniziato. Perchè il fallito, il quale ha concluso un accordo amichevole durante la moratoria, ottenga la completa cessazione di tutti gli effetti del fallimento, occorre che il tribunale, nell'omologare l'accordo e nel dichiarare chiusi e moratoria e fallimento, gli conceda, nei modi indicati dall'art. 839, quei due benefici. Questa facoltà è implicitamente attribuita al tribunale dall'art. 825_3, il quale, stabilendo che l'omologazione dell'accordo, se già vi fu dichiarazione di fallimento, produce gli effetti del concordato *quanto alla chiusura del fallimento*, presuppone che, mediante l'omologazione del concordato, si conseguano, nel modo più completo, *tutti* gli effetti della cessazione del fallimento, compresa la cancellazione del nome dall'albo dei falliti e la chiusura del procedimento penale (1).

133. Quale sarà, dopo omologato l'accordo, la condizione giuridica dei creditori i quali non vi hanno aderito? Problema questo fondamentale nel concordato amichevole di moratoria, di cui il legislatore intravide l'importanza e che volle risolvere nel modo più equo e più rispettoso dei diritti di tutti. Ma la formulazione non troppo felice dell'art. 825_2, dedicato appunto a regolare la condizione giuridica dei non assenzienti, la confusione che si fa troppo spesso tra l'istituto della moratoria e quello del fallimento, e, sopratutto, le impazienze della pratica, la quale ha creduto di trovare nella *moratoria preventiva* un succedaneo ed un equivalente del *concordato preventivo*, hanno complicato stranamente la questione, divenuta pertanto una delle più spinose e vessate in tutta la materia del fallimento.

La condizione giuridica dei non assenzienti è regolata nell'articolo 825_2, che sarà utile richiamare testualmente:

" L'accordo può anche validamente stipularsi colla sola maggio-

---

(1) Conforme al testo: **Guariglia**, *Concord.*, pag. 335; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 806.

ranza dei creditori, che rappresentino almeno i tre quarti del passivo, purchè i creditori assenzienti assumano, insieme col debitore, le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti, e, ove occorra, l'intiero pagamento dei loro crediti „.

L'interpretazione di questa disposizione di legge ha dato luogo a non meno di quattro diverse opinioni:

a) secondo la prima opinione, l'accordo amichevole obbligherebbe sempre anche i dissenzienti, quando fosse stipulato colla maggioranza in numero ed in somma voluta dall'art. 825_2;

b) la seconda opinione distingue: non qualunque specie di accordo, ma soltanto l'accordo contenente una *dilazione* obbligherebbe anche la minoranza dei creditori che non vi ha aderito;

c) la terza opinione pure distingue: ma non già secondo il *contenuto* dell'accordo, sibbene secondo il *momento* in cui è stipulato: e ritiene vincolativo per i dissenzienti l'accordo stipulato durante la moratoria *posteriore* alla dichiarazione di fallimento, non vincolativo l'accordo concluso durante la moratoria *anteriore* al fallimento;

d) la quarta opinione è decisamente contraria alla obbligatorietà dell'accordo per la minoranza non assenziente e ritiene che non possa esservi vincolato chi non manifestò la volontà di aderirvi, qualunque sia il *momento* in cui l'accordo amichevole è stipulato (2).

---

(2) V., per l'obbligatorietà dell'accordo, in tutti i casi: Trib. Torino, 14 aprile 1891, *Foro*, 1894, 691; — A. Torino, 24 luglio 1891, *Annuario critico di giurispr. comm.*, IX, 373; — Cass. Torino, 29 luglio 1892, *Mon. trib.*, 1894, 774; — Trib. Roma, 27 giugno 1894, *Foro*, 1894, 1018; — Trib. Forlì, 28 ottobre 1895, *Dir. comm.*, 1895, 839; — A. Genova, 22 novembre 1896, *Foro*, 1896, 322; — Cass. Torino, 10 dicembre 1896, *Dir. comm.*, 1897, 447; — A. Roma, 28 agosto 1897, *Dir. comm.*, 1898, 115; — Cass. Roma, 19 febbraio 1897, *Dir. comm.*, 1897, 321; — Trib. Milano, 18 aprile 1899, *Dir. comm.*, 1899, 559; — Cass. Roma, 10 aprile 1900, *Dir. comm.*, 1900, 484; — **De Vecchi**, *Alcune osservazioni sull'interpretazione dell'art. 825 Cod. comm.*, nella *Legge*, 1891, 1, 792; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 330; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 801; — **E. Scialoia**, *Foro*, 1894, 667; — **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8387; e nella *Legge*, 1901, 1, 361; — **Marghieri**, nella *Rass. giur.* di Bari, 1898, 1 e seg.; — **Salvia**, nella *Rass. giur.*, 1898, 31 e seg. — Per l'obbligatorietà del solo accordo-dilazione: A. Genova, 14 novembre 1895, *Dir. comm.*, 1895, 825; — A. Roma, 20 maggio 1895, *Foro*, 1895, 1058; — Cass. Roma, 14 gennaio 1896, *Dir. comm.*, 1896, 414; — Cass. Roma, 28 luglio 1896, *Dir. comm.*, 1896, 887; — A. Roma, 10 marzo 1900, *Dir. comm.*, 1900, 438;

A noi sembra, che la non obbligatorietà dell'accordo, qualunque esso sia e in qualunque tempo si stipuli, per chi non lo ha consentito, risulti non solo dalla lettera e dallo spirito dell'art. 825, ma anche, e principalmente, dalla mancanza di quelle condizioni che formano la ragione e sono il fondamento giuridico del concordato obbligatorio.

Inaccettabili, perchè illogiche e contradittorie nei loro termini stessi si palesano anzitutto le due opinioni intermedie. Non regge la distinzione tra accordo-dilazione ed accordo-riduzione, perchè ambedue — come abbiamo dimostrato (3) — sono ammissibili certamente quando l'accordo è consentito da tutti i creditori, ed ambedue sono vincolativi egualmente per la maggioranza che li concesse. La questione deve e può farsi solamente circa l'*obbligatorietà* dell'accordo per i non assenzienti, non circa il *contenuto* di esso accordo. Quella distinzione che vorrebbe trovare una insuperabile inconciliabilità tra il concetto di *moratoria* e il concetto di *rimessione* manca di base e deve inevitabilmente cadere quando si dimostri che nè le disposizioni della legge, nè la natura dell'istituto impediscono che la moratoria si chiuda mercè una riduzione dei crediti; la quale, allo stringer dei conti, per la perdita economica che arreca ai creditori, equivale ad una dilazione. E neppure, sebbene a prima vista possa apparire più giustificata, regge la distinzione tra accordo concluso nella moratoria *preventiva* e accordo concluso nella moratoria *di fallimento*. Si è voluto dare un fondamento esegetico a questa opinione, sostenendo che la sola prima parte dell'art. 825,

— Trib. Livorno, 10 aprile 1901, *Dir. comm.*, 1901, 438; — **Calamandrei**, *Fallim.*, II, pag. 105; — **Fassa**, nella *Legge*, 1894, II, 68; — **Pagani**, *Dir. comm.*, 1901, 49. — Per la non obbligatorietà dell'accordo nella moratoria *preventiva*, v. A. Lucca, 23 marzo 1900, *Dir. comm.*, 1900, 324. — Per la non obbligatorietà dell'accordo in genere, e senza distinzioni: A. Bologna, 18 maggio 1896, *Giur. it.*, 1896, 336; — A. Napoli, 29 aprile 1898, *Foro*, 1898, 997; — C. Napoli, 9 agosto 1898, *Dir. comm.*, 1898, 978; — C. Firenze, 4 febbraio 1901, *Dir. comm.*, 1901, 233; — C. Roma, 11 gennaio 1901, *Dir. comm.*, 1901, 273; — **Vitalevi**, *La moratoria*, pag. 168; — **Mortara**, nella *Giur. it.*, 1894, IV, 187 e 1896, 867; — **Sraffa**, *Mon. trib.*, 1894, 670; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 165; — **Ascoli**, *La moratoria*, num. 196; — **Manara**, *Mon. trib.*, 1896, 1022; — **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 37 dell'estr.; — **Giorgi**, *Obbl.*, VII, num. 337; — **Rocco**, nella *Corte Suprema*, 1897, 2, 70; — nella *Procedura*, 1897, 721; — nell'*Arch. giur.*, 1899, LXIII, 357; — **Casini**, *Dir. comm.*, 1901, 354.

(3) V. sopra, num. 122.

regolante l'ipotesi dell'accordo stipulato con tutti i creditori, è applicabile anche alla moratoria preventiva, mentre i due capoversi sono applicabili *esclusivamente* alla moratoria di fallimento. E perciò si è concluso che l'accordo di maggioranza nella moratoria di fallimento è un vero *concordato,* e che, nella moratoria preventiva, di accordo di maggioranza non si può neanche parlare (4). Ma questa costruzione è affatto inconsistente. Non è vero che la sola prima parte dell'art. 825 sia comune alle due specie di moratoria, preventiva e di fallimento, e che i due capoversi siano riserbati alla moratoria di fallimento. La legge dice che tutte le disposizioni scritte per la moratoria posteriore alla dichiarazione di fallimento, si applicano alla moratoria preventiva, in quanto *non siano con essa incompatibili* (art. 827_4): ora non soltanto nelle disposizioni dell'art. 825, capoverso primo e secondo, non vi è nulla di incompatibile colla moratoria preventiva, *ma nell'articolo stesso si stabilisce implicitamente l'applicabilità dei due capoversi alla moratoria preventiva.* L'ultimo capoverso dell'art. 825, che si riferisce *espressamente* tanto all'accordo concluso colla totalità, quanto all'accordo concluso colla maggioranza (*in ambo i casi*), dichiara che l'accordo deve essere omologato e " produce gli effetti del concordato quanto alla chiusura del fallimento " soltanto se *già vi fu dichiarazione di fallimento.* Dunque la legge presuppone che il caso dell'accordo di maggioranza possa darsi anche quando *non vi fu dichiarazione di fallimento* (5).

134. Più solide sono le ragioni, su cui si basa la dottrina che fa dell'accordo amichevole in moratoria un vero concordato obbligatorio, e che lo ritiene perciò vincolativo anche per la minoranza dissenziente. Queste ragioni si possono classificare nel seguente modo:

a) ragioni dedotte dai lavori preparatori;

b) ragioni dedotte dalla interpretazione letterale dell'art. 825;

c) ragioni pratiche dedotte dalla condizione fatta agli assenzienti di fronte ai dissenzienti;

d) ragioni dedotte dalle norme generali vigenti sul funzionamento delle assemblee.

---

(4) A. Lucca, 23 marzo 1900, *Dir. comm.*, 1900, 324.

(5) Conforme al testo: **Pagani**, nel *Dir. comm.*, 1901, 47 e seg.

Esponiamole partitamente e, mediante un'analisi obbiettiva della legge costituita, vediamo se esse possano considerarsi come sufficientemente fondate nel diritto vigente.

a) Significanti sono sembrate ad alcuni autori (6) le parole pronunziate dal Mancini in seno alla Commissione compilatrice del *Progetto preliminare:* " E siccome anche nei casi di moratoria, devesi agevolare l'accordo amichevole fra creditori e debitore come il miglior mezzo per regolare ogni difficoltà, la legge deve prevedere il doppio caso, che l'accordo possa ottenersi coll'adesione di tutti i creditori, o che le pretese di uno o più creditori opponenti minaccino di rendere vano un accordo consentito da una forte maggioranza..... Ma qualora non tutti i creditori siano assenzienti all'accordo, una maggioranza non potrebbe regolarmente costituirsi, senza una previa regolare liquidazione dei crediti. Se per ciò si richiedessero tutte le condizioni che sono stabilite in materia di fallimento, la possibilità di mettere in essere un accordo sarebbe resa assai problematica. Perciò la Commissione reputa che, mentre si concede al voto di una maggioranza di creditori, che rappresenti almeno due terze parti del passivo, la facoltà di mettere in essere l'accordo, qualora gli assenzienti assumano, insieme col debitore, le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti ed, eventualmente, il pagamento integrale dei loro crediti, sia conveniente di non definire il modo, col quale, a seconda dei casi, l'esistenza della maggioranza potrà essere constatata (7) ". In queste parole si è voluto vedere un pareggiamento dell'accordo amichevole in moratoria al concordato di fallimento, e si è creduto di arguire da esse che la Commissione compilatrice del *Progetto* abbia inteso, per rendere perfetto e possibile quel pareggiamento, di supplire alla verificazione dei crediti mancante, mediante l'obbligazione degli assenzienti verso i dissenzienti, e mediante la larghezza data al tribunale di accertare l'esistenza della maggioranza nei modi che ad esso sembrano migliori.

Ma in quel brano dei verbali della Commissione non c'è nulla, assolutamente nulla, da cui si possa desumere l'intenzione di tenere obbligata la minoranza alle rinunzie fatte dalla maggioranza. Dal

---

(6) **Marghieri**, nella *Rass. giur.*, 1898, 1 e seg.; — **Salvia**, nella *Rass. giur.*, 32 e 35.

(7) *Atti della Commissione*, III, num. 923.

solo fatto che si sia deliberata la validità dell'accordo concluso colla maggioranza e che ci si sia preoccupati del modo con cui questa maggioranza doveva essere computata, versandosi non in materia di fallimento, dove la verificazione dei crediti fornisce elementi sicuri di giudizio, ma in materia di moratoria nella quale verificazione di crediti non c'è mai (art. 827 e 819), non si può assolutamente dedurre che, dunque, si sia voluto anche pareggiare il concordato di moratoria a quello di fallimento. Nei lavori preparatori si dice soltanto che l'accordo può essere consentito così dalla unanimità come dalla maggioranza dei creditori, si fissa questa maggioranza, si lascia arbitro il magistrato di accertarne l'esistenza, e null'altro. Dalle frasi del Mancini, che sono una pura e semplice parafrasi dell'art. 825, non si può certo desumere argomenti per dimostrare quello che resterebbe ancora da dimostrare *se le stesse parole dei lavori preparatori costituissero il testo della disposizione legislativa.*

b) L'esegesi dell'art. 825 ha dato ai fautori della tesi dell'obbligatorietà, gli argomenti più validi a favore della loro opinione. Essi hanno creduto appunto di trovare, nell'art. 825, quella specifica disposizione di legge, senza la quale non sarebbe certamente possibile di assoggettare i creditori della minoranza ad una così grave restrizione dei loro diritti, e che equivarrebbe, per l'accordo di moratoria, alla esplicita disposizione che, per il concordato di fallimento, è contenuta nell'art. 840.

Gli argomenti dedotti dal testo dell'art. 825 sono, sostanzialmente, due. Si dice anzitutto: poichè, al principio dell'articolo, è stabilito che, una volta concluso l'accordo colla totalità dei creditori, *le relazioni ulteriori col debitore si regolano secondo la convenzione,* e nel capoverso primo è detto che lo stesso accordo può stipularsi *anche validamente* colla *sola* maggioranza dei creditori, se ne deve logicamente concludere *che l'accordo stipulato colla totalità e quello stipulato colla sola maggioranza sono dalla legge parificati quanto alla loro efficacia.* Il che significa che, tanto nell'accordo concluso colla *totalità,* quanto nell'accordo concluso colla *maggioranza, le relazioni ulteriori fra creditori e debitore sono regolate dalla convenzione*, ed è la convenzione quella che vale nei rapporti tra tutti (8). Dallo stesso testo dell'art. 825_2 si vuol desumere un altro argo-

(8) **Salvia**, pagg. 36 e 37; — **Marghieri**, loc. cit.

mento per la obbligatorietà dell'accordo. " Se non si trattasse — si è detto — di un *ius singulare*, che deroga alle condizioni comuni degli accordi, a che la esplicita dichiarazione della legge? Si sa che l'accordo è valido per chi lo consente, e si sa pure, che se uno o più creditori o terzi si dichiarino e siano pronti a pagare integralmente i debiti di un commerciante, non vi ha più possibilità di fallimento. Per quale scopo, allora, la legge avrebbe chiesto per la validità di quest'accordo il concorso della maggioranza dei creditori per numero, rappresentante *per lo meno* i tre quarti del passivo, cioè quella stessa maggioranza voluta pel concordato in fallimento, se i dissenzienti potessero prescindere assolutamente dal contenuto dell'accordo e chiedere sempre e senz'altro l'integrale pagamento dei loro crediti? Sarebbe bastato domandare una valida garanzia pel pagamento dei non aderenti, anche da parte di un solo creditore, per dar luogo alla chiusura della moratoria, senza imporre il concorso nell'accordo di quelle due maggioranze. Sarebbe stato superfluo accennare a liti intentabili dai dissidenti; mentre, affermato il diritto di costoro ad essere pagati sempre per intero, le liti non dovevano essere prevedute specificamente, quando sono il mezzo comune di far valere le proprie ragioni. E, finalmente, sarebbe stato poco congruo il subordinare il pagamento integrale dei dissidenti ad *eventualità (ove occorra)*, mentre la condizione dei creditori è unificata per questo riguardo a quella del debitore, il quale secondo l'opinione avversa, dovrebbe *sempre* pagare l'intiero credito ai dissidenti (9) ".

Ma nè l'uno nè l'altro argomento resistono ad una critica penetrante. Dire che la legge colle parole *anche validamente* ha voluto dare all'accordo stipulato colla maggioranza la stessa efficacia dell'accordo stipulato colla totalità e che perciò in ambedue i casi sempre sta che *le relazioni ulteriori tra debitore e creditori debbono essere regolate, non più dalle norme dettate dalla legge per la moratoria, ma dalla convenzione*, è uno spostare, non già un risolvere la questione. Resta sempre a vedere se la convenzione regola solo i rapporti tra creditori *che vi aderirono* e debitore o anche i rapporti tra creditori *che non vi aderirono* e debitore. Posta in quei termini, la questione non ha fatto un passo verso la soluzione, e

---

(9) **Salvia**, *Rass. giur.*, pagg. 39 e 40; — e nello stesso senso: **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8387; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 334.

potrà continuarsi a discutere all'infinito sul significato delle parole *anche validamente*. Nè, può servire a risolvere il problema, la considerazione che, tolta l'obbligatorietà pei dissenzienti, sarebbe stato inutile dichiarar *valido* l'accordo, e che l'unico mezzo per dar significato e valore alla disposizione dell'art. 825_2 è quello di rendere l'accordo vincolativo anche per la minoranza. Questa argomentazione *ad absurdum* è molto pericolosa, perchè, se noi riusciremo a dimostrare che vi ha anche un solo caso, in cui, all'infuori della obbligatorietà, l'art. 825_2 ha un significato ed una efficacia, avremo con ciò solo dimostrato la falsità di quella illazione. Ora ci è facile dimostrare: 1°) che l'accordo, anche prescindendo dalla sua obbligatorietà pei dissenzienti, ha sempre un significato importante, tanto nel caso di moratoria *anteriore*, quanto nel caso di moratoria *posteriore* alla dichiarazione di fallimento; 2°) che l'effetto dell'accordo (e con ciò resta spiegato l'avverbio *validamente*) consiste nel far regolare dalla convenzione le relazioni tra il morato ed i suoi creditori, invece che dalle disposizioni di legge sulla moratoria, ed, eventualmente, sul fallimento. — Non si deve dimenticare che la moratoria non è uno stato normale pel commerciante; essa presuppone sempre la cessazione dei pagamenti e non è che una sospensione del fallimento dichiarato o virtuale (art. 819, 827). Dalla moratoria il debitore non rientra nella libera amministrazione dei suoi beni che in due soli casi: o che riesca, nel tempo in cui essa dura, ad estinguere tutti i suoi debiti, o che, invece, si accordi coi suoi creditori. Ove nè l'una, nè l'altra cosa accada, il morato esce dalla moratoria per entrare o rientrare nel fallimento (art. 822_2, 826, 827_5). Inoltre, durante la moratoria, il debitore si trova in uno stato di semi-incapacità: egli ha facoltà di liquidare il suo attivo e di estinguere il passivo, ma col concorso della commissione dei creditori, e sotto la direzione del giudice delegato (articoli 823_1, 827_2): le norme speciali della liquidazione e le autorizzazioni a fare gli atti strettamente necessari alla liquidazione devono essere date dal tribunale, sentita la commissione liquidatrice (articolo 823): se egli non adempie gli obblighi che gli vennero imposti rispetto alla amministrazione ed alla liquidazione del suo patrimonio, può essere rivocata, anche d'ufficio, la moratoria, continuandosi o dichiarandosi il fallimento (art. 826, 827_5). Ora di uscire da questo stato anormale e pericolosissimo (s'intende, senza cadere nel fallimento) il debitore ha il più grande interesse e per

lui la cessazione di un tale stato costituisce un beneficio incalcolabile. E questo beneficio ha voluto appunto la legge concedergli coll'art. 825. Tanto se l'accordo è concluso colla totalità dei creditori, quanto se è concluso solo colla maggioranza rappresentante almeno i tre quarti del passivo, il Codice di commercio gli concede di far regolare dalla convenzione, anzichè dagli art. 822, 823, 824, 826, 827, i suoi rapporti coi creditori, o, in altri termini, gli concede di far cessare la moratoria senza cadere nel fallimento; anzi, se il fallimento fu dichiarato, facendo chiudere definitivamente anche il fallimento (art. 825_3). Tanto nella moratoria anteriore, quanto in quella posteriore alla dichiarazione di fallimento, l'accordo concluso anche colla sola maggioranza rappresentante i tre quarti del passivo, avrebbe sempre un importante, rilevantissimo effetto: *quello di far cessare lo stato di moratoria, evitando il fallimento.* Se il capoverso primo dell'art. 825 non esistesse, *malgrado l'accordo colla maggioranza, sarebbe impossibile far cessare la moratoria, evitando il fallimento.* Infatti: il debitore non potrebbe chiedere la chiusura della moratoria prima della scadenza del termine, perchè l'art. 822 numero 2 non gli concede ciò che nel caso in cui faccia constare di aver soddisfatto *tutti i suoi debiti scaduti o di aver ottenuto dai creditori dilazioni al pagamento:* mentre qui la minoranza dissenziente resterebbe insoddisfatta, nè avrebbe concesso dilazioni. Nè, scaduto il termine della moratoria, questa potrebbe venir chiusa senza la dichiarazione o la ripresa del fallimento, perchè il precetto dell'art. 822 num. 2 non sarebbe adempiuto e rispetto ai dissenzienti non totalmente soddisfatti, il debitore si troverebbe ancora in istato di cessazione dei pagamenti. Prova eloquente che, anche nella nostra interpretazione, l'art. 825_2 non è nè inutile, nè privo di contenuto.

Nè dalla seconda parte dell'art. 825_2 che impone agli assenzienti di assumersi le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti ed, ove occorra, l'intero pagamento dei loro crediti, può trarsi alcun argomento a favore della obbligatorietà dell'accordo pei dissenzienti. Questa garanzia che la legge ha voluto dare ai dissenzienti si giustifica e si comprende benissimo, anche ritenendo questi ultimi non legati al contratto concluso dalla maggioranza. La legge, nel dichiarare *valido* l'accordo, ha voluto che, mediante l'accordo stipulato colla maggioranza, possa il debitore uscire dalla moratoria non solo, ma *contemporaneamente* evitare il fallimento. Ma per ottenere

questo scopo, non sarebbe bastata la semplice dichiarazione legislativa: *che le relazioni ulteriori del debitore coi creditori si regolano secondo la convenzione.* Questa dichiarazione, sufficiente nel caso di accordo stipulato colla totalità, non lo sarebbe stata nel caso di accordo concluso colla maggioranza sia pure così cospicua da rappresentare i tre quarti del passivo. La minoranza dissidente rappresentante il quarto residuo, avrebbe potuto, appena chiusa la moratoria ed all'indomani dell'accordo, domandare il fallimento del debitore. A questo inconveniente ha ovviato il legislatore, prescrivendo appunto che gli assenzienti debbano assumersi le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti e, ove occorra, l'integrale pagamento dei loro crediti. È giusto infatti che, in luogo delle garanzie di una liquidazione giudiziaria, siano offerte ai dissenzienti altre opportune garanzie. Ma ciò riguarda la interpretazione che noi diamo alla seconda parte dell'art. 825_2: e di essa diremo in seguito. Per ora ci basti notare come quella garanzia data dalla legge ai dissenzienti abbia una ragion d'essere anche per chi nega la obbligatorietà dell'accordo.

Infondata è pure la considerazione che non si sarebbe dovuto parlare di liti, quando si fosse concesso ai dissenzienti il diritto di essere pagati per intiero. Le *liti* di cui qui si parla non sono quelle che, in base al loro diritto del pagamento integrale, possono intentare i dissidenti per ottenere quella parte dei crediti che dagli altri creditori è stata invece rimessa. Le *liti* sono invece quelle a cui può dar luogo il disconoscimento da parte del debitore dell'*esistenza* del credito dei dissidenti, i quali (mancando la verificazione dei crediti) possono essere dissidenti non solo perchè non vollero accettare i patti dell'accordo, ma anche perchè il debitore non volle riconoscere fondate in tutto o in parte le loro pretese ragioni creditorie. E così si comprende anche perchè la legge abbia dichiarato *eventuale* l'obbligo degli assenzienti: non solo questo è sussidiario all'obbligo del debitore: ma la sua stessa esistenza dipende dall'esito delle contestazioni che si agitano tra debitore e creditori dissenzienti.

c) La condizione iniquamente privilegiata, in cui si troverebbero i dissenzienti di fronte agli assenzienti, qualora non si tenessero obbligati al contratto stipulato dalla maggioranza, è un altro degli argomenti su cui si fa maggiore assegnamento. È ingiusto — si dice — che i creditori assenzienti si assoggettino a sagrifizî per

evitare il fallimento e far cessare la moratoria, mentre i dissenzienti, sol perchè dissenzienti, hanno il vantaggio di essere integralmente pagati, giovandosi del sagrifizio degli assenzienti. E si vuole, oltre a ciò, che gli assenzienti si assumano anche l'obbligo di pagare essi i dissenzienti? Nessuno sarà tanto ingenuo di aderire ad un concordato a queste condizioni: ognuno preferirà essere dissenziente, perchè in tal modo avrà diritto all'intiero e non assumerà nessuna obbligazione: e, se vorrà addivenire col debitore ad un accomodamento, preferirà farlo col concordato di fallimento, nel quale le condizioni di tutti sono eguali e nel quale egli nessuna obbligazione assume verso i dissenzienti (10). — Ma nessuna ingiustizia e nessun inconveniente deriva dalla posizione degli assenzienti di fronte ai dissenzienti nel sistema della non obbligatorietà dell'accordo. Se la maggioranza preferisce un accordo che liquidi prontamente la situazione alle lungaggini, alle spese ed alle perdite di una liquidazione di fallimento, nessuna ingiustizia che si assuma un sagrificio adeguato al vantaggio che si ripromette. E, se la legge non le concede di sostituire la definizione amichevole a quella giudiziaria e collettiva della procedura di fallimento, che mediante l'assunzione dell'esito delle eventuali liti coi dissenzienti e, occorrendo, dell'integrale pagamento dei loro crediti, sarà questo un elemento di più che essa dovrà tener presente nel valutare i vantaggi e gli svantaggi dell'accordo. Ma, se valutatili, la maggioranza viene alla conclusione che sia più conveniente un accordo a quei patti, non potrà certo lagnarsi delle conseguenze di un contratto liberamente stipulato. Dire che ognuno vorrà essere dissenziente non è un argomento. Nessuno vieta alla maggioranza di respingere l'accordo: le gravi condizioni, alle quali la legge ha subordinato la validità del concordato, avranno questa conseguenza sola: che la maggioranza non consentirà il concordato, se non a quei patti che glie lo possono rendere vantaggioso in confronto della liquidazione di fallimento. Nè — d'altro canto — la condizione dei dissenzienti è ingiustamente favorita. Il diritto di ottenere il soddisfacimento dei proprî crediti nella procedura egualitaria del fallimento è concesso dalla legge a tutti i creditori: e nessuno di essi può essere costretto a rinunziarvi, se non vi sia la certezza che, anche

---

(10) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 334; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 801; — **Salvia**, pag. 48.

nell'accordo sostituito alla procedura di liquidazione, l'uguaglianza di trattamento è mantenuta ed i loro diritti sul pegno comune efficacemente tutelati. Questa certezza vi è nel concordato di fallimento, non però nell'accordo amichevole di moratoria, dove la maggioranza può essere fittizia, i crediti degli assenzienti simulati, gli assensi comprati con danno degli altri creditori. Si obbietta che in sede di omologazione il tribunale deve accertarsi dell' esistenza e della sincerità della maggioranza (11). Ma ciò, in pratica, è pressochè impossibile. Anche nel fallimento, malgrado la procedura di verificazione dei crediti stabilita dalla legge, la piaga dei crediti fittizi e simulati, coi quali parenti ed amici compiacenti formano le maggioranze nelle deliberazioni del fallimento, è una delle cause principali del cattivo funzionamento pratico della procedura concursuale. Immaginiamoci quanto deve essere più grave questo inconveniente nelle deliberazioni della moratoria! Ed è questa la ragione per cui *la legge ha tenuto in sospetto tutte le deliberazioni dei creditori in materia di moratoria*, e, pur partendo dal concetto che, nella moratoria, la volontà privata deve essere preponderante, *non ha mai vincolato il giudice alle deliberazioni delle assemblee dei creditori* (V. art. 822, 827, 828). Nulla di più naturale e di più giusto che nell'identico sospetto la legge tenga la deliberazione sull'accordo amichevole.

d) Più debole ancora è l'argomento che si vuol dedurre dal principio generale che in ogni assemblea, il voto della maggioranza vincola la minoranza (12). Certo in ogni assemblea, si delibera a maggioranza e minoranza, ma per determinare, quali sono gli effetti giuridici del voto della maggioranza, bisogna prima vedere, quali sono i poteri dell'assemblea. La regola, infatti, in questa materia, è che *il voto della maggioranza si considera come voto di tutta l'assemblea*. Ma nel caso dell'accordo amichevole in moratoria *nessuna assemblea è costituita che abbia facoltà di deliberare a maggioranza sopra l'accettazione dell'accordo*, in modo che l'accordo voluto dalla maggioranza, si consideri come voluto dall'assemblea, organo della volontà collettiva. Nessuna norma è data dalla legge per la costituzione e convocazione dell'assemblea, della quale può farsi benis-

---

(11) **Salvia**, pag. 40.
(12) **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8387.

simo a meno (13): nessuna per la concessione del voto nell'assemblea: nessuna per la deliberazione. La verità è che, mancando la comunione fra i creditori, manca la collettività e manca l'assemblea, organo della collettività. Chi contrae, sono i creditori *uti singuli* e la *maggioranza* dell'art. 825 sta solo a significare che la legge vuole che i contraenti siano la maggior parte dei creditori. Diversa è la cosa nel concordato, in cui vi è collettività costituita (*massa*): assemblea regolarmente convocata e deliberante: maggioranza rappresentante la volontà dell'assemblea: tutto ciò insomma che manca alla moratoria e che vieta si argomenti per analogia dal caso del concordato a quello dell'accordo amichevole.

135. La dimostrazione della dottrina, che noi riteniamo più vera, e rispondente alla natura dell'istituto ed alla legge, si trova già data implicitamente nelle obbiezioni fatte alle altre dottrine. La tesi della non obbligatorietà dell'accordo per i creditori che non l'hanno consentito non avrebbe veramente bisogno di ulteriore dimostrazione. Provato che nella legge non vi è nulla, assolutamente nulla che autorizzi ad indurne l'intenzione del legislatore di voler tenuti i non assenzienti all'accordo stipulato dalla maggioranza, riprende impero la regola generale dell'art. 1130 Cod. civile: i contratti non hanno effetto che tra le parti contraenti: essi non pregiudicano nè giovano ai terzi, fuorchè nei casi stabiliti dalla legge. Tuttavia, a dissipare gli ultimi dubbi, che possono sorgere sulla interpretazione da noi difesa, la quale, del resto, oltre al suffragio della dottrina più autorevole, ha oramai guadagnato a sè la giurisprudenza di tre delle quattro Corti di Cassazione che si sono pronunciate sull'argomento (14), ed anche a completare la interpretazione che noi diamo all'art. 825 Cod. comm., non sarà inutile aggiungere alcune considerazioni, desunte dalla natura dell'istituto e dal testo della legge.

a) La ragione prima e fondamentale per cui non si può consi-

(13) V. num. 119.

(14) Oltre alla Cassazione di Napoli che l'aveva accolta già colla sentenza 9 agosto 1898, 978, questa dottrina fu affermata recentissimamente dalla Cassazione di Firenze, 4 febbraio 1901, *Dir. comm.*, 1901, 233 e, smentendo la sua antica giurisprudenza, dalla Cass. Roma, 11 gennaio 1901, *Dir. comm.*, 1901, 273. — Resta contraria la sola Cassazione di Torino, 29 luglio 1892, *Mon. trib.*, 1894, 774 e 10 dicembre 1896, *Dir. comm.*, 1897, 447.

derare l'accordo amichevole di moratoria come un *concordato obbligatorio, è che, manca, nella moratoria, quella condizione giuridica, la quale costituisce il presupposto indispensabile di ogni concordato obbligatorio.* Nella parte generale della nostra trattazione, indagando la natura ed il fondamento giuridico del concordato obbligatorio, e le caratteristiche che lo differenziano dal concordato amichevole, abbiamo concluso che i contraenti nel concordato obbligatorio sono da un lato il debitore, dall'altro la *collettività dei creditori*, ed abbiamo aggiunto: " La forza obbligatoria del concordato per i non assenzienti deriva da ciò che la collettività ha una *volontà collettiva*, la quale è la *risultante*, non la semplice *somma* delle volontà dei singoli creditori: che organo della volontà collettiva è la maggioranza dei creditori convocati in assemblea: che espressione della volontà collettiva è la deliberazione della maggioranza regolarmente presa nell'assemblea „ (15). Un rapporto di comunione fra i creditori che li costituisca in *collettività organizzata* è dunque il presupposto necessario del concordato obbligatorio (16): e la caratteristica che differenzia il concordato obbligatorio dall'amichevole è appunto che nel primo i creditori sono riuniti in una comunione (*massa*) avente una volontà collettiva ed un organo di questa volontà, cioè l'assemblea deliberante per maggioranza, mentre nel secondo i creditori non sono riuniti in comunione, ma provvedono ciascuno individualmente alla tutela dei propri interessi (17). Ora, quale è la condizione giuridica dei creditori durante la moratoria? Le loro azioni creditorie restano tutte sospese, è vero, salvo si tratti di crediti dipendenti da fatti posteriori alla concessione della moratoria (art. 824): ma nessuna comunione si stabilisce fra i creditori: anzi se la moratoria è posteriore alla dichiarazione di fallimento, la comunione esistente si risolve temporaneamente e gli organi di essa sono sospesi nell' esercizio delle loro funzioni. Nella moratoria l'amministrazione ed il possesso del patrimonio resta al debitore e non passa, come nel fallimento, alla collettività dei creditori. Insomma, nulla è reso comune fra i creditori, in modo che vi siano diritti il cui esercizio spetti solo alla collettività e non ai singoli. Vi è solo un divieto fatto a tutti di far valere in giudizio i loro diritti durante la moratoria. All'in-

(15) V. num. 79.
(16) V. num. 78 e 79.
(17) V. num. 83.

fuori delle azioni giudiziarie il cui esercizio non è già concesso alla collettività, ma negato a tutti, ogni creditore è perfettamente libero: e perciò può ricevere pagamenti a preferenza di altri (18), può compensare il suo credito con debito che abbia verso il morato (19), può acquistar diritti di prelazione sul patrimonio del morato (art. 823). Mancando la *comunione,* che vi è invece nel fallimento, manca la possibilità giuridica di un concordato obbligatorio durante la moratoria. Impossibilità giuridica che diviene un assurdo pratico quando si consideri che durante la moratoria non vi è *mai* verificazione di crediti, perchè la moratoria o è concessa prima della dichiarazione del fallimento, o se è *posteriore* al fallimento, deve essere chiesta entro tre giorni al massimo dalla pubblicazione della sentenza (art. 827 e 819) e manca perciò il modo di conoscere chi potrebbe partecipare alla comunione e per qual quota di partecipazione. È stato obbiettato, è vero, che anche nella moratoria vi è una collettività di interessi e che quando sorge, in qualunque modo, una comunione di interessi, non è dato ai meno, senza utilità di sorta, di pregiudicare al bene inteso interesse di tutti (20). Ma fra i creditori di un qualunque debitore anche non fallito nè morato, vi è una certa comunione di interessi: ed è questa stessa comunione che si verifica nella moratoria: ma altro è *comunanza di interessi,* altro è *comunione di diritti;* e per la obbligatorietà delle deliberazioni della maggioranza dei compartecipanti per la minoranza dissenziente, non basta una generica *identità di interessi,* ma occorrono dei *diritti comuni* che vincolino i partecipanti fra loro giuridicamente. Se quella obbligatorietà ha il suo fondamento in ciò che il diritto spettando collettivamente a tutti i partecipanti, sull'esercizio di esso decide la volontà collettiva estrinsecantesi nella deliberazione di maggioranza, è evidente che la *comunione di un diritto* è il presupposto necessario del vincolo dei dissenzienti. Questa regola è in più punti affermata dal diritto positivo, *il quale non riconosce forza obbligatoria alle deliberazioni di maggioranza rispetto alla minoranza dissenziente che per l'esercizio di diritti comuni.* Così per l'amministrazione e pel miglior godimento della

---

(18) **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8375.

(19) **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8371; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 792; — Cass. Torino, 18 marzo 1896, *Foro*, 1896, 801.

(20) **Salvia**, *Rass. giur.*, pag. 42.

cosa comune (art. 678 Cod. civ.); così in materia di società commerciali (art. 163 Cod. comm.); così per ciò che riguarda l'interesse comune dei comproprietari di una nave (art. 495); così infine in materia di concordato (art. 840). In tutti questi casi si tratta di deliberazioni su diritti spettanti in comune a tutti i partecipanti, e la quota di ciascuno è bene accertata e determinata. Ciò manca nella moratoria, per cui perciò rimane in vigore il principio dell'art. 1130 Cod. civ., il quale — è bene notarlo — non ammette eccezione che in casi speciali e determinati dalla legge.

b) La natura essenzialmente amichevole dell' accordo in moratoria risulta anche dall'art. 866 Cod. comm., il quale colpisce il traffico del voto nelle *deliberazioni del fallimento* o *sulla domanda di moratoria*, non già nelle deliberazioni *sull'accordo in moratoria*. La differenza fatta dalla legge tra *concordato di fallimento* e *concordato di moratoria* ha la sua ragione d'essere appunto in ciò, che, nel primo, l'obbligatorietà del contratto pei non aderenti richiede il rigoroso mantenimento dell'uguaglianza tra i creditori, mentre nel secondo non vi è nessuna obbligatorietà e quindi nessuna uguaglianza (21).

c) Infine l' esegesi esatta dell' art. 825 ci fornisce la prova della non obbligatorietà dell'accordo per la minoranza non assenziente. Non soltanto nell'art. 825 non c'è nulla che obblighi la minoranza a seguire la legge della maggioranza, *ma vi è quel tanto che basta ad indurre, e chiaramente, l'intenzione del legislatore di lasciar perfettamente integri i diritti della minoranza.* Ciò si può desumere: α) dal secondo capoverso dell'articolo; β) dalla seconda parte del primo capoverso:

α) Il secondo capoverso dell'art. 825 — è bene averlo sott'occhio — dice: “In ambi i casi, se già vi fu dichiarazione di fallimento, l'accordo deve essere omologato dal tribunale e produce gli effetti del concordato, quanto alla chiusura del fallimento ”. Ora, in questo capoverso è detto esplicitamente quale è l'*effetto comune alle due specie di accordo:* a quello cioè concluso colla totalità dei creditori, ed a quello concluso colla maggioranza rappresentante i tre quarti del passivo. Le due specie di accordo hanno ambedue questa conseguenza: *di produrre, quando siano omologati dal tribunale, gli effetti del concordato, quanto alla chiusura del fallimento.* Ma — si noti bene — *quanto alla chiusura del fallimento soltanto.*

(21) V. num. 123.

Il che significa che *gli altri effetti del concordato non sono proprii dell'accordo amichevole in moratoria, sia esso stipulato colla totalità, sia esso stipulato colla sola maggioranza.* E perciò, anche la importante conseguenza del concordato omologato di divenire obbligatorio " per tutti i creditori portati o non portati in bilancio, siano o non siano verificati i loro crediti, ed anche per i creditori che hanno residenza fuori del Regno, ecc. „ (art. 840 Cod. comm.) *non si estende all'accordo amichevole di moratoria.* Questo argomento *a contrario*, di cui non si può disconoscere l'importanza, è stato combattuto vigorosamente. Si è detto (22) che la legge, nell'ultimo capoverso dell'art. 825 si occupa solo della *chiusura del fallimento*, perchè del *valore dell'accordo* si era già occupata nel principio dell'articolo e nel primo capoverso, stabilendo che l'accordo concluso colla totalità fa regolare *dalla convenzione* i rapporti tra morato e creditori, ugualmente all'accordo concluso colla maggioranza. Rispondiamo, che ben diversa è la posizione nel caso di accordo colla totalità e nel caso di accordo colla maggioranza. Nel caso di accordo colla totalità, la legge aveva a sufficienza provveduto a disciplinare i rapporti tra creditori e debitore, dicendo che si regolano *colla convenzione*, anzichè colle norme della moratoria o del fallimento. Nel caso invece di accordo colla maggioranza, se pure la legge avesse voluto intendere, colla frase: " *l'accordo può anche validamente stipularsi* „, che le relazioni tra debitore e creditori debbono regolarsi " *secondo la convenzione* „, come nel principio dell'articolo; se pure avesse integralmente trascritto la frase: " l'accordo colla maggioranza fa regolare le relazioni tra debitore e creditori secondo la convenzione „, non avrebbe detto nulla, *perchè sta di fatto che una convenzione vi sarebbe bensì tra debitore e maggioranza, ma non tra debitore e minoranza*, non potendosi dare contratto senza consenso. Ecco dunque che, per la minoranza, sarebbero restate intatte le norme della moratoria e del fallimento, sarebbe in altri termini continuata la moratoria e, cessata questa, aperto o riaperto il fallimento. Ciò significa che in nessun modo si può far dire al primo capoverso dell'art. 825 quello che non ha detto, ciò significa che esso — comunque lo si interpreti — colla frase: " l'accordo può anche validamente stipularsi colla sola maggioranza „ non ha deciso, nè inteso di decidere nulla quanto al

(22) **Salvia**, pagg. 37 e 42, nota 1.

valore dell'accordo rispetto alla minoranza. Resta perciò intatta completamente l'argomentazione *a contrario*, così evidente, desunta dal secondo capoverso dell'articolo;

β) La seconda parte del primo capoverso dell'art. 825 stabilisce la condizione, alla quale l'accordo concluso colla maggioranza, che rappresenti i tre quarti del passivo, può essere omologato dal tribunale e produrre le conseguenze di legge. Questa condizione è che gli assenzienti " si assumano le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti e, ove occorra, l'intero pagamento dei loro crediti „. Questa disposizione, che ha dato luogo alle interpretazioni più disparate, rettamente intesa, *è un'altra prova della non obbligatorietà dell'accordo.* I fautori della obbligatorietà sostengono non essere stata intenzione del legislatore il prescrivere che gli assenzienti debbano puramente e semplicemente pagare l'intero loro credito ai dissenzienti: primo, perchè la legge parla di liti e non di pagamento; poi, perchè, se la validità degli accordi amichevoli fosse subordinata all'obbligo per parte degli assenzienti di pagare per intero i dissenzienti, nessun accordo si concluderebbe mai, tutti volendo essere dissenzienti. Le liti a cui allude l'art. 825 sarebbero perciò quelle che i creditori dissenzienti possono intentare per ottenere giudizialmente l'accertamento del vero attivo e passivo del debitore morato, accertamento che nella moratoria è difficile possa farsi esattamente. I dissenzienti potrebbero contestare crediti, impugnare pegni, privilegi e ipoteche, avocare passività nascoste, fare annullare atti del debitore, fare insomma quello che nel fallimento è fatto dal curatore. La frase: *ove occorra* si spiegherebbe quindi riferendosi al caso in cui, in seguito alle liti intentate, l'attivo risulti tale da poter soddisfare all'integrale pagamento dei crediti (23). — Ma questa interpretazione è inaccettabile. In primo luogo la legge parla di liti tra il *debitore e i dissenzienti*, e non già di liti dei dissenzienti contro altri debitori o creditori di colui, al quale è stata concessa la moratoria. In secondo luogo, come potrebbe la legge provvedere in modo così esplicito e particolare alle rivendicazioni di attivo dei dissenzienti, quando queste rivendicazioni non possono essere che solo eccezionalmente e con immensa difficoltà

(23) **De Vecchi**, *Legge*, 1891, 1, 393; — **Castelbolognesi**, *Giurista*, 1894, 451; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 334; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 801; — **E. Scialoia**, *Foro*, 1894, 670, pag. 13 dell'estratto.

tentate dai creditori? Giacchè — bisogna ricordarlo — non siamo qui in tema di fallimento e la legge non soccorre qui i creditori colle azioni di nullità e colle presunzioni di frode degli art. 707 e 709 Cod. comm., nè consente loro di servirsi della pauliana più ampia dell'art. 708 (la quale permette anche la revocabilità dei pagamenti), ma essi hanno a loro disposizione solo la inefficace azione dell'art. 1235 Cod. civ. Arma troppo debole per ottenere tutti quegli scopi, in vista dei quali la legge avrebbe scritto la seconda parte dell'art. 825_2! In terzo luogo, dall'art. 826 risulta chiaramente che tutte le liti che potrebbero intentare i dissenzienti per reintegrare l'attivo, non avrebbero altra conseguenza, in caso di favorevole esito, che quella di far dichiarare o continuare il fallimento: sarebbe strano che, *dopo annullato l'accordo*, i creditori della maggioranza dovessero anche pagare *del proprio* i dissenzienti! Infine, non solo i creditori non possono agire nella reintegrazione dell'attivo in veste di curatori degli interessi della massa, perchè massa non c'è, ma neanche come rappresentanti dei singoli creditori: altrimenti si avrebbe la curiosa conseguenza che essi agirebbero nell'interesse di una maggioranza, che ha *rinunziato* ai suoi diritti! — Non è questa dunque l'interpretazione da darsi alla seconda parte dell'art. 825_2.

Perchè il legislatore ha parlato di *liti* che possono intentare i dissenzienti? A quali *liti* ha voluto esso alludere? In che senso ne ha addossato le conseguenze anche ai creditori assenzienti? Le risposte a tutte queste domande costituiranno altrettante prove che il legislatore *non è partito dal presupposto della obbligatorietà dell'accordo pei dissenzienti, ma è partito invece dal presupposto contrario.*

Richiamo anzitutto l'attenzione del lettore sopra la parola *lite*, usata dalla legge, che non si può supporre sia stata ivi posta a caso o per sbaglio. So che alcuni la giustificano assai prestamente, parlando di *inesattezza di linguaggio* e di *cattiva redazione della disposizione legislativa* (24). Ma noi che intendiamo diversamente l'ufficio dell'interprete, riteniamo che il legislatore abbia giustamente parlato di liti. Il legislatore *ha voluto riferirsi al caso, che nella moratoria è normale, di crediti non riconosciuti dal debitore, e di cui l'accertamento e la forza esecutiva non può ottenersi se non mediante l'adizione del magistrato, vale a dire appunto mediante liti.* Questa

(24) V., per es., **E. Scialoia**, nel *Foro*, 1894, 670 e seg.; pag. 12 dell'estratto.

è l'unica ipotesi a cui poteva e doveva riferirsi il legislatore, perchè deve escludersi *a priori* che le liti *di cui parla l'art. 825*, abbiano per iscopo l'annullamento dell'accordo: sarebbe assurdo che si tenessero obbligati gli assenzienti verso i dissenzienti, *dopo annullato l'accordo*. Ma se le *liti* prevedute dal legislatore sono quelle ridotte all'accertamento ed al riconoscimento giudiziale dei crediti, e se gli assenzienti sono obbligati eventualmente, in seguito a quelle liti, all'integrale pagamento dei crediti dei dissenzienti, ciò significa che la legge è partita dal presupposto che i dissenzienti non siano tenuti all'accordo. Questa correlazione fatta dalla legge tra *l'accertamento giudiziale dei crediti della minoranza e l'eventualità del pagamento integrale dei dissenzienti* conduce necessariamente a negare l'obbligatorietà dell'accordo. *Sarebbe infatti assurdo che, mentre i dissenzienti sono vincolati dall'accordo, l'accertamento dei loro crediti potesse condurre al pagamento integrale.*

Ciò premesso, la seconda parte dell'art. 825_2 si interpreta facilmente nel modo più giusto, logico e naturale. Il legislatore si è preoccupato del caso, in cui qualcuno o anche tutti i creditori dissenzienti richiedessero il pagamento dei loro crediti, *dopo eseguito l'accordo colla maggioranza*. Egli ha voluto evitare che una tale richiesta potesse provocare di nuovo il fallimento: ed ha deciso che, nel caso di esito favorevole pei dissenzienti di liti intentate per l'accertamento e la dichiarazione giudiziale dei loro crediti, essi dovranno subire le conseguenze di queste liti, cioè dovranno, *nel caso che il restante patrimonio del debitore non sia sufficiente a soddisfare i dissenzienti, prelevare dalle somme riscosse quello che è necessario per completare il pagamento. E, ove occorra*, nel caso cioè in cui non resti nulla, dopo eseguito l'accordo colla maggioranza, del patrimonio del debitore, dovrà la maggioranza stessa pagare essa, sulle somme riscosse, la minoranza dissenziente. La condizione di cose a cui la legge ha voluto provvedere è, in altri termini, questa. Non è giusto che, durante lo svolgersi delle liti a cui può dar luogo l'accertamento dei crediti, gli effetti dell'accordo rispetto ai creditori assenzienti debbano rimanere sospesi, e questi non possano riscuotere le somme che l'accordo stesso ha loro assegnate. Ma, d'altra parte, se ciò si facesse, sorgerebbe il pericolo pei dissenzienti di vedere sfumato quel patrimonio del debitore, che è garanzia comune di *tutti* i creditori. Ed il legislatore, per conciliare gli interessi dei dissenzienti e degli assenzienti, ha stabilito che

l'accordo è valido, ha effetto immediato riguardo a questi, in modo che possono riscuotere immediatamente quella parte dei loro crediti, che è stabilita nell'accordo; ma, per compenso, i dissenzienti possessori di crediti litigiosi, o, comunque, non muniti di forza esecutiva, di crediti insomma, per far riconoscere o per far valere i quali hanno bisogno di adire il magistrato, acquistano il diritto di ottenere la garanzia *personale* degli assenzienti, insieme a quella del debitore, per sostituirla alla garanzia *reale* costituita dal patrimonio del debitore, sparita o, almeno, diminuita in seguito all'esecuzione dell'accordo. Si capisce che, nel fatto, questa garanzia non oltrepasserà mai l'importo della somma riscossa dai creditori assenzienti, perchè non è supponibile, trattandosi di moratoria, per accordare la quale la legge prescrive che l'attivo sia superiore al passivo (art. 819), che la somma riscossa dalla maggioranza, unita al residuo attivo del debitore, *non sia sufficiente a pagare un quarto dei crediti*.

Perchè poi la legge abbia parlato solo delle conseguenze delle *liti*, cioè del pagamento di crediti litigiosi, e non anche del pagamento dei crediti per cui nessun procedimento giudiziario occorre, si comprende, giacchè, trattandosi di crediti riconosciuti, liquidi ed esigibili, essi, *normalmente almeno*, saranno fatti valere sul patrimonio del debitore subito dopo cessato lo stato di moratoria e quindi prima che, eseguitosi l'accordo colla maggioranza, possa essere distolta anche una piccola parte dell'attivo del debitore. Ed essendo integro l'attivo, la legge non suppone neppure che non basti a pagare *un quarto dei crediti* (25).

136. L'obbligazione che gli assenzienti si assumono verso i dissenzienti non si risolve in un semplice diritto di prelazione da parte dei dissenzienti sul patrimonio del debitore. La legge lo dice chiaramente: gli assenzienti debbono assumersi anche il pagamento integrale, ove occorra: si tratta dunque di una vera *obbligazione personale*. Obbligazione *sussidiaria* però e non *principale*, come risulta dalle parole stesse della legge: *ove occorra:* obbligato prin-

(25) Questa interpretazione della seconda parte dell'art. 825_2 si trova già svolta nei miei lavori inseriti nella *Corte suprema*, 1897, II, 70 e seg.; — nella *Procedura*, 1897, 721 e seg., e nell'*Arch. giur.*, LXIII, 357 e seg.; le cui considerazioni in proposito sono riprodotte da **Casini**, *Dir. comm.*, 1901, 353 e seg.

cipale e diretto restando sempre il debitore, e garante delle obbligazioni di questi restando sempre il suo patrimonio. Solo quando, per i pagamenti fatti, l'attivo del morato sia divenuto insufficiente, sottentra l'obbligazione *personale*, ma, in fatto, *limitata* dei creditori assenzienti. Il creditore dissenziente adunque sarà tenuto anzitutto ad escutere il debitore morato: e solo quando gli sia stato impossibile ottenere il pagamento integrale da questi, potrà rivolgersi ai creditori assenzienti.

Gli assenzienti non sono tenuti solidalmente non solo col debitore, ma neanche fra loro. La presunzione di solidarietà dell'articolo 40 Cod. comm. cessa nel nostro caso, perchè non si tratta di una obbligazione nascente da una *operazione commerciale* assunta in comune. Si tratta invece di una obbligazione che, in ossequio alla legge, e per evitare perdite maggiori, gli assenzienti si addossano. Dalla *natura del contratto* viene perciò smentita la volontà di obbligarsi solidariamente: e deve cessare la presunzione dell'art. 40 (26).

137. Nessuna competenza speciale può indurre il fatto della moratoria testè chiusa per effetto dell'accordo, circa le azioni dei dissenzienti dirette all'accertamento giudiziale ed al pagamento dei loro crediti. Si è voluto da qualche sentenza e da qualche autore sostenere, sulla somiglianza fra l'istituto del fallimento e quello della moratoria, che tutte le controversie riflettenti il debitore morato vanno portate dinanzi all'autorità giudiziaria del luogo in cui il debitore ha la sede dei suoi affari, ed in cui la moratoria venne concessa (27). Ma il punto di vista da cui si parte per giungere a questa soluzione, è ben diverso dal nostro. Il presupposto di questa opinione è l'obbligatorietà dell'accordo pei dissenzienti; le azioni per cui si vorrebbe la competenza del luogo dove si svolse la procedura di moratoria, sono quelle dirette a far annullare l'accordo. Ora non è dubbio, che il giudizio di impugnazione deve seguire, secondo le norme date dal Codice di procedura civile, da-

---

(26) Conf. al testo: **E. Scialoia**, pag. 16 dell'estratto; — **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 45 dell'estr. — La natura del contratto basta a costituire la prova contraria che esclude la solidarietà: v. **Giorgi**, *Obbl.*, I, num. 140.

(27) **E. Scialoia**, pag. 16 dell'estr.; — A. Genova, 27 luglio 1895, *Foro*, 1895, 1155 e seg.

vanti alla stessa autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza impugnata, cioè il tribunale, se si tratta di opposizione di terzo o di contumace (art. 478, 511); e davanti alla Corte d'appello del distretto, se si tratta di appello. Noi invece ci proponiamo la questione, se la competenza per le azioni dirette al riconoscimento ed al pagamento dei crediti sia concentrata tutta presso il tribunale che accordò la moratoria. E rispondiamo che no, colla dottrina e la giurisprudenza più autorevole, perchè, cessata la moratoria, cessa ogni concentramento di competenza. Nè si deve temere contrarietà di giudicati, perchè queste azioni dipendono da titolo diverso, hanno oggetto diverso, e sono intentate da persone diverse. E, posto che il debitore convenuto non può opporre l'accordo, *res inter alios*, da cui i creditori dissenzienti non sono legati, non si vede quale sia il punto comune fra queste diverse azioni, da cui possa nascere il pericolo della contradittorietà (28).

138. Quando il tribunale, omologando l'accordo, il quale produce tutti gli effetti del concordato quanto alla chiusura del fallimento già dichiarato, ha conceduto al debitore i benefici dell'articolo 839 Cod. comm., l'accordo produce la cancellazione dall'albo dei falliti e fa cessare il procedimento penale, *appena siano stati completamente adempiuti gli obblighi stabiliti nel concordato stesso.* L'accertamento dell'avvenuto adempimento deve essere fatto mediante sentenza pronunciata dallo stesso tribunale che omologò l'accordo (art. 839_2 e 825_3). Si è sostenuto che questa seconda sentenza non è necessaria, perchè l'adempimento degli obblighi risulta già dalla sentenza che omologa l'accordo, nella quale pertanto il tribunale deve già provvedere, concedendo i benefici, alla effettiva cancellazione dall'albo e alla cessazione del procedimento penale. L'accordo — si dice — è appunto un pagamento rispetto ai creditori, e, trattandosi di un contratto stragiudiziale, il tribunale non può regolarne a proprio modo gli effetti, ma deve limitarsi a tener conto della nuova condizione giuridica da esso creata, e farne discendere tutti gli effetti che ne sono la naturale conseguenza. — Ma questa opinione non tien conto del richiamo espresso fatto dalla

(28) V., nel senso del testo, **Mortara**, *Giur. it.*, 1894, IV, 210; 1895, 1, 574; — **Zignoni**, *L'art. 825*, pag. 32 dell'estratto; — Trib. Milano, 16 aprile 1895, *Giur. it.*, 1895, II, 353; — A. Venezia, 31 dicembre 1895, *Temi ven.*, 1896, 144.

legge alle disposizioni che regolano la chiusura del fallimento in seguito al concordato, le quali pertanto non si possono modificare o alterare, ma debbono applicarsi quali sono, finchè sono applicabili. Ora, per l'art. 839, la cancellazione dall'albo e la revoca della sentenza dichiarativa del fallimento, rispetto al procedimento penale, non possono ordinarsi che *dopo il completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato*, non già *dopo l'adempimento degli obblighi preesistenti al concordato*. Nè è vero che l'accordo amichevole di moratoria (il quale, del resto, non è punto un concordato stragiudiziale), differisca dal concordato di fallimento in modo da rendere inapplicabile la disposizione dell'art. 839_2. Anzi lo scopo della legge, che è quello di non permettere la cessazione di tutti gli effetti della dichiarazione di fallimento mediante una semplice promessa di pagamento, alla quale si può venir meno all'indomani del concordato, si deve raggiungerlo anche nell'accordo di moratoria, giacchè anche l'accordo di moratoria ha la virtù di far cessare la procedura di fallimento. Poichè gli effetti che si conseguono coll'accordo amichevole e col concordato sono identici, se la legge richiede quella cautela per il concordato, che offre tanto maggiori garanzie, *a fortiori*, si dovrà richiedere per l'accordo di moratoria, in cui la tutela della buona fede e dell'interesse pubblico è, per necessità di cose, assai più imperfetta (29).

139. La condizione dei coobbligati e dei fideiussori nell'accordo amichevole di moratoria si regola colle stesse norme esposte a proposito del concordato stragiudiziale: e perciò: *a)* i creditori assenzienti (pei non assenzienti la cosa è anche più chiara) conservano integri i loro diritti in confronto dei coobbligati e fideiussori del morato, malgrado l'accordo intervenuto; *b)* il morato che vuol sottrarsi all'azione di regresso deve far partecipare all'accordo i suoi coobbligati e fideiussori, i quali si intendono così surrogati nei diritti del creditore, nella misura delle somme pagate al creditore stesso (30).

---

(29) Conforme al testo: **Ascoli**, *La moratoria*, num. 204. — Contr. **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 8391.

(30) V. la dimostrazione di queste regole ai num. 106 e seg.

§ 6. — Risoluzione e annullamento.

Sommario: 140. Risoluzione. — 141. Annullamento e revoca per frode.

140. Anche il concordato amichevole di moratoria, come il concordato stragiudiziale, può essere *risolto per inadempimento* o *annullato*.

Risoluzione. — Anche nell'accordo amichevole di moratoria è sottintesa la condizione risolutiva tacita dell'art. 1165 Cod. civ. E perciò l'inadempimento di una delle parti darà diritto all'altra di domandarne lo scioglimento, che sarà pronunziato dal giudice senza alcuna dilazione (art. 1165 Cod. civ.; 42 Cod. comm.) (1). La risoluzione può essere domandata da ognuna delle parti contraenti, in caso di inadempimento dell'altra parte. S'intende che il caso più frequente sarà quello dell'inadempimento del debitore; e di questo soltanto perciò sogliono occuparsi gli autori. Ma non è possibile che sia il debitore stesso a domandare la risoluzione od il risarcimento dei danni per l'inadempimento di uno dei creditori; o che sia un creditore a domandare la risoluzione per l'inadempimento di un altro creditore. Notammo ciò a proposito del concordato stragiudiziale e lo ripetiamo per l'accordo amichevole di moratoria (2).

Tutto ciò che dicemmo sulla risoluzione del concordato amichevole stragiudiziale vale per il concordato amichevole di moratoria, di cui è identica la natura giuridica. Anche per l'accordo di moratoria valgono perciò le regole seguenti (3):

a) Il contraente leso dall'inadempimento non può domandare la risoluzione di *tutto il contratto*; ma solo la risoluzione *parziale*, nei suoi riguardi (4). E perciò *l'inesecuzione del contratto da parte del debitore verso un creditore o di un creditore verso un altro creditore, dà luogo alla risoluzione del contratto riguardo al creditore leso dall'inadempimento, il quale avrà diritto di recederne e di considerarlo come mai avvenuto. L'inesecuzione del contratto da parte di*

(1) **Ascoli**, *La moratoria*, num. 222 e 223.
(2) V. num. 111 e seg.
(3) V. num. 111.
(4) V., sostanzialmente conforme: **Ascoli**, *La moratoria*, num. 224.

un creditore verso il debitore produrrà la risoluzione del contratto riguardo al creditore inadempiente, il quale sarà escluso dal contratto e si considererà come se non vi avesse mai preso parte (5).

b) Chi domanda la risoluzione parziale deve procurarsi il contraddittorio, non del solo contraente inadempiente, ma di tutti coloro che intervennero nell'accordo. E perciò la sentenza ottenuta fa stato *erga omnes* (6).

c) La risoluzione dell'accordo rimette le parti, rispetto alle quali fu pronunciata, nelle condizioni in cui si trovavano, prima della sua conclusione. Quindi essa fa cadere le obbligazioni di coloro che sono intervenuti come garanti dell'accordo medesimo, e le garanzie reali, pegni, ipoteche, ecc., in esso costituite. Neanche qui è applicabile il principio eccezionale dell'art. 843_4 Cod. comm., proprio del concordato di fallimento e che non comporta interpretazione analogica (7).

Risolto l'accordo, non per questo dovrà pronunciarsi senz'altro il fallimento; ma solo ove concorra la cessazione dei pagamenti (art. 683, 687). Il diritto di chiedere la risoluzione è un diritto spettante ai soli contraenti (art. 1165 Cod. civ.) e perciò in *nessun caso* potrà il tribunale pronunciarla d'*ufficio* (8).

141. *Annullamento.* — L'accordo amichevole può essere annullato, vuoi per le cause che lo rendono invalido come *contratto*, vuoi per le cause che lo invalidano come *accordo amichevole di moratoria.* In altri termini, l'annullamento può chiedersi tanto in base al diritto comune, quanto in base alle disposizioni del Codice di commercio sulla moratoria. In base al diritto comune, perchè, essendo esso un contratto, tutte le cause che invalidano i contratti colpiscono di necessità anche l'accordo in moratoria. In base alle disposizioni dell'art. 825, perchè questo subordina la validità dell'accordo a certe condizioni, mancando le quali l'accordo è invalido e deve venir meno anche rispetto ai contraenti (9):

A) Tutte le cause che invalidano i contratti possono dar luogo

(5) V. num. 111.
(6) V. num. 111.
(7) V. num. 113. — Contr. **Ascoli,** *La moratoria,* num. 227.
(8) **Ascoli,** *La moratoria,* num. 228 e 229.
(9) **Guariglia,** *Concord.*, pag. 335; — **Ascoli,** *La moratoria,* num. 212. — Contr. **Vidari,** *Corso,* VIII, num. 8390. — V. num. 118.

all'annullamento dell'accordo amichevole e quindi anche l'accordo potrà essere *annullato per incapacità e vizi di consenso.* Potrà inoltre essere *revocato per frode.*

a) Non la sola esagerazione del passivo e dissimulazione dell'attivo, come nel concordato di fallimento, per il quale è scritta la disposizione eccezionale dell'art. 842, ma l'incapacità dei contraenti e tutte le cause che viziano il consenso (errore, dolo, violenza) possono essere proposte come ragioni di nullità dell'accordo. Ogni contraente incapace, o il cui consenso fu viziato, può chiedere l'annullamento, col contradittorio di tutti gli altri contraenti. Se l'incapacità o i vizi del consenso riguardano il debitore (o chi ne garantisce o se ne è accollato le obbligazioni, la cui condizione si pareggia a quella del debitore) l'annullamento colpisce tutto il concordato, che cade per intero, giacchè non può esistere accordo senza consenso del debitore. Se invece l'incapacità o i vizi del consenso riguardano uno dei creditori, non resta annullato tutto il concordato ma la sola obbligazione del creditore, il quale si considererà come se non avesse mai partecipato al contratto. S'intende che, in questa ipotesi, gli altri creditori, capaci e il cui consenso non fu viziato, potranno, ove ne sia il caso, domandare l'annullamento dell'accordo per mancanza dei requisiti voluti dall'art. 825, o anche, nei loro riguardi, l'annullamento per errore, in quanto possano dimostrare che non avrebbero contrattato, se avessero conosciuto l'incapacità o i vizi del consenso che invalidano l'adesione degli altri creditori (10).

b) L'accordo può altresì essere revocato per frode, secondo le norme dell'art. 1235 Cod. civ., se non vi fu, dopo la chiusura della moratoria, nuova dichiarazione di fallimento. Se questa dichiarazione vi fu, potrà essere annullato colle azioni più efficaci degli art. 707 e 709 Cod. comm., quando la cessazione dei pagamenti fu retrotratta ad epoca anteriore alla conclusione dell'accordo. I pagamenti fatti in esecuzione dell'accordo si revocheranno secondo le disposizioni dell'art. 709, se posteriori alla data della cessazione dei pagamenti; secondo le disposizioni degli art. 708 Cod. comm. e 1235 Cod. civ. se anteriori.

B) L'accordo può essere annullato anche per mancanza di uno dei requisiti voluti dall'art. 825; i quali sono richiesti non solo

(10) V. num. 114.

perchè il concordato possa metter fine alla moratoria, ma anche come condizioni di validità del contratto *fra le parti* (11).

Tutte le cause di nullità possono essere proposte tanto prima dell'omologazione, quanto nel procedimento di omologazione (che allora avviene in tutti i casi in contraddittorio), quanto infine *dopo* l'omologazione. Per l'accordo amichevole in moratoria non vale la disposizione tutta eccezionale dell'art. 842 Cod. comm., il quale, dopo l'omologazione, non ammette altra causa di nullità che la dolosa esagerazione del passivo o dissimulazione dell'attivo. Nell'accordo di moratoria tutte le cause di nullità, sulle quali il tribunale non si sia già pronunziato, possono essere ad ogni istante proposte dagli interessati.

CAPITOLO III.

Il concordato amichevole di fallimento.

§ 1. — Nozioni generali e critiche.

Sommario: 142. Concetto e definizione del concordato amichevole nel fallimento. — 143. Sue differenze dalla *rinunzia al concorso* dell'ordinanza germanica. — 144. Norme ad esso applicabili. — 145. Critiche di cui è stato oggetto.

142. Dichiarato il fallimento, la libertà di agire singolarmente e separatamente per la tutela dei proprî interessi di fronte al debitore, è tolta dalla legge ai creditori, i quali vengono riuniti in una comunione *(massa)*, a cui soltanto spetta l'esercizio dei diritti di credito dei suoi componenti. Il *diritto al soddisfacimento* passa dal singolo alla collettività: nessun creditore chirografario, dalla dichiarazione del fallimento in poi, può ottenere dal debitore, sotto qualsiasi forma, un soddisfacimento separato. Anche la stipulazione del concordato, il quale non è che un *modo di soddisfacimento*, in cui la liquidazione volontaria ed amichevole viene sostituita alla

(11) V. num. 118.

liquidazione giudiziaria e forzata della procedura fallimentare, è sottratta alla volontà del singolo, ed è devoluta alla volontà collettiva della massa, risultante o dal consenso, cioè dalla volontà conforme di tutti i partecipanti, o dalla volontà della maggioranza, organo della volontà collettiva, deliberante nell'assemblea colle forme prescritte dalla legge.

La formazione della volontà collettiva a mezzo dell'assemblea deliberante per maggioranza non è possibile, se non quando la verificazione dei crediti ha accertato il numero e l'entità delle singole quote di partecipazione, senza di che la costituzione di una maggioranza non potrebbe avere una base sicura e legale, nè potrebbesi, sul fondamento di essa, tener vincolata la minoranza. Invece possono sempre *tutti i creditori*, disponendo ciascuno per la sua quota, esercitare il diritto al soddisfacimento spettante collettivamente a tutti, col ricorrere a quella forma particolare e amichevole di soddisfacimento che è il concordato. Concorrendo la volontà conforme *di tutti i partecipanti*, riesce inutile la formazione della volontà collettiva nell'assemblea. La rinunzia parziale al diritto del soddisfacimento divenuto comune risulta dalla somma delle singole rinunzie che ciascun partecipante fa rispetto alla sua quota. E poichè ciascun partecipante in tanto è obbligato in quanto ha *voluto* la rinunzia, avremo in questo caso un *concordato amichevole di fallimento*, che noi possiamo pertanto definire: " un contratto stipulato tra il fallito e tutti singolarmente i creditori componenti la massa, col quale si modificano i rapporti obbligatori preesistenti, in modo da far cessare lo stato di fallimento e la procedura relativa ".

Questo concordato si differenzia dal concordato obbligatorio non solo perchè abbisogna del consenso di tutti i partecipanti, ma anche perchè può essere stipulato all'infuori di qualsiasi regolare assemblea, ed in qualunque stadio della procedura di fallimento (articolo 830) (1). Esso si differenzia altresì per alcune caratteristiche importanti dagli altri concordati amichevoli. L'elemento particolare che gli dà una fisionomia caratteristica è — come s'intende agevolmente — l'esistenza della comunione creditoria, dalla quale appunto deriva la necessità del consenso di *tutti* i creditori. Nel

(1) Quanto poi la regola dell'art. 830 risponda realmente ai principî su cui è fondata, vedremo in seguito ai num. 145 e 151.

concordato amichevole fuori della procedura di fallimento — dicemmo (2) — basta che il contratto sia stipulato col numero di creditori sufficiente a far cessare lo stato di fallimento. Ciò non è possibile invece dopo la dichiarazione di fallimento, e mentre ne continua la procedura. Non è possibile che si disponga delle cose oggetto della comunione, si sciolga la comunione e cessi la procedura di fallimento, se non interviene l'assenso di tutti i partecipanti. Dell'assenso unanime si può fare a meno solo quando intervenga la volontà collettiva formantesi nella deliberazione di una regolare assemblea, nella quale la volontà della maggioranza si considera volontà di tutti. Ma, all'infuori di questo caso, la volontà di tutti i partecipanti è necessaria per le decisioni riflettenti la cosa comune.

Il legislatore italiano prevede e disciplina espressamente il concordato amichevole di fallimento nell'art. 830 Cod. comm. (3). Mentre nella legislazione francese la possibilità di un concordato concluso sia pure con tutti i creditori, ma senza le formalità del concordato obbligatorio, sembra si debba escludere, specie dopo la legge 4 marzo 1889 sulle *liquidazioni giudiziarie* (4), un istituto analogo al nostro è riconosciuto e regolato dalla ordinanza concursuale austriaca (§§ 156-158), sotto il nome di *transazione* (*Vergleich*) (5).

---

(2) V. num. 99.

(3) Di concordato amichevole di fallimento non è più parola nello *Schema* **Mortara**. Significa ciò, che si è voluto vietare ogni concordato non concluso nelle forme ed alle condizioni di legge, benchè assentito da tutti i creditori? Noi crediamo di sì, data la più rigorosa disciplina del concordato accolta nello *Schema*.

(4) Escludono che possa avere efficacia di far cessare la procedura di fallimento, anche prescindendo dalla legge 4 marzo 1889, **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 665, e **Thaller**, *Faill.*, II, pag. 243 e seg. — L'art. 16 della legge stabilisce: “ Sont nuls et sans effet, tant à l'égard des parties intéressées, qu'à l'égard des tiers, tous traités ou concordats, qui, après l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'auraient pas été souscrits dans les formes ci-dessus prescrites „. Questa disposizione, scritta per la liquidazione giudiziaria, fu dalla giurisprudenza e dalla dottrina estesa al fallimento: v. Trib. civ. Avesnes, 14 gennaio 1891, *Journ. des faill.*, 1891, 133; — Trib. civ. Angoulême, 2 febbraio 1891, *Journ. des faill.*, 1891, 226; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 667. — Contr. Trib. civ. La Réole, 18 giugno 1891, *Journ. des faill.*, 1891, 462.

(5) Sulla transazione nel fallimento in diritto austriaco: v. **Pollak**, *Concurs-*

143. Il nostro concordato amichevole di fallimento, così come la *transazione* dell'ordinanza austriaca, si deve distinguere dalla *rinunzia alla procedura di concorso* del diritto germanico (conosciuta però anche nel diritto austriaco [§ 155]). L'ordinanza germanica del 20 maggio 1898 annovera fra le cause di chiusura del procedimento concursuale il consenso di tutti i creditori; se la domanda di chiusura è presentata prima che sia spirato il termine per la dichiarazione dei crediti, occorre l'assenso di tutti i creditori che hanno proposto crediti: è in facoltà del tribunale dichiarare non necessario l'assenso di qualche creditore il cui credito non è accertato. Se invece la domanda è proposta prima che sia spirato il termine predetto, occorre l'assenso di tutti i creditori noti; ed il tribunale ha facoltà di respingere la domanda, quando creda che vi siano altri creditori oltre quelli il cui assenso fu presentato (§§ 202 e 203). Ma importanti differenze distinguono questo istituto dal nostro concordato amichevole di fallimento:

a) la rinunzia al concorso è un negozio giuridico unilaterale, non un contratto, come il concordato amichevole; basta la dichiarazione unilaterale della totalità dei creditori di rinunziare alla procedura concursuale (6);

b) la rinunzia al concorso non è legata ad alcuna controprestazione: è fatta in modo puro e semplice, e non è necessario che abbia per base un concordato (7);

c) la rinunzia al concorso non ha efficacia che sulla procedura del concorso: lascia intatte anche nel loro ammontare le obbligazioni del debitore (8); mentre il concordato è diretto appunto a modificare i rapporti obbligatori preesistenti (9).

---

recht, pag. 387 e seg.; — **Schwarz**, *Das österreichische Concursrecht*, I, p. 237 e seg.; II, pag. 458 e seg.; — **Kaserer**, *Commentar zur österreichische Concursordnung*, Wien, 1869, pag. 211 e seg.

(6) **Kohler**, *Lehrb.*, pagg. 505 e 506; — **Seuffert**, *Deutsches Konkursprozessrecht*, pag. 455; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 435.

(7) **Kohler**, *Lehrb.*, pagg. 506 e 508; — **Pollak**, *Concursrecht*, pagg. 388 e 435; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 455; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 478, *sub* 3).

(8) **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 508.

(9) A torto, data la natura giuridica di questo istituto nel diritto germanico, il **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, II, pag. 247, censura l'ordinanza te-

Ma se la *rinuncia al fallimento* è un istituto completamente diverso dal concordato amichevole dell'art. 830 Cod. comm. italiano, si deve concludere che nel nostro diritto non è ammissibile questo modo di chiusura del fallimento. Nel silenzio della legge non può consentirsi alla volontà privata dei creditori, sia pure unanimi, di far cessare la procedura di fallimento, perdurando lo stato di fallimento pubblico e notorio. Nel nostro diritto l'istituto del fallimento non è solo una forma di *esecuzione forzata* più energica posta a disposizione degli interessi privati, ma è un istituto d'ordine pubblico, le cui norme si applicano indipendentemente dalle richieste dei privati, quando concorrono le condizioni volute dalla legge, cioè la cessazione dei pagamenti pubblica e notoria (art. 688 Cod. comm.). La cosa è diversa nel diritto germanico, il quale, fra l'altro, non conosce apertura di concorso per iniziativa del magistrato (Ord. germ., § 103).

144. L'art. 830 Cod. comm. che regola il concordato amichevole di fallimento è così formulato: " In ogni stadio della procedura di fallimento può aver luogo un concordato tra il fallito ed i suoi creditori, se tutti vi acconsentano. Il curatore è tenuto a promuovere con ogni diligenza la conclusione del concordato. Nel concordato si può convenire la cessazione o la sospensione del processo commerciale di fallimento, ma non si può impedire la continuazione del procedimento penale ". In questa disposizione però non è tutta la disciplina giuridica del concordato amichevole di fallimento. Infatti: *a)* si tratta qui di un vero *concordato concluso durante la procedura di fallimento;* che la legge regola insieme al concordato obbligatorio, nello stesso capo (*il terzo* del titolo *quarto*: *Della cessazione e della sospensione del fallimento*) del libro III del Codice; *b)* nella mente del legislatore, il concordato tipico e normale, quello che egli preferisce ed ingiunge al curatore di ottenere *con ogni diligenza*, è appunto il concordato amichevole; *c)* vi sono disposizioni, nel seguito del capo III, scritte per il concordato obbligatorio; ma ve ne sono altre applicabilissime al concordato amichevole; *d)* infine, la legge chiama collo stesso nome " con-

---

desca per aver creato un inutile duplicato del concordato. — È inesatto appunto quello che afferma il T., che " un concordat forme la base de la requête " (op. cit., pag. 246).

cordato „ tanto l'amichevole quanto l'obbligatorio. Tutte le disposizioni adunque contenute nel capo III del " Concordato „ si applicano al concordato amichevole, in quanto non siano con esso compatibili: coll'avvertenza, a norma dell'art. 1 Cod. comm., che l'analogia tratta dalle disposizioni proprie del concordato obbligatorio deve prevalere alle norme del diritto civile (10).

145. Questo il concetto, questo il fondamento, questa a larghi tratti la figura giuridica del concordato amichevole di fallimento, quale è riconosciuto e disciplinato dal nostro Codice di commercio. Il confronto colle legislazioni straniere, fatto per meglio delineare i caratteri essenziali e differenziali da altri istituti apparentemente analoghi, ci mostra che nessun'altra legislazione, salvo l'austriaca, conosce questo istituto. Nel progetto preliminare formulato dal Mortara per incarico della Commissione governativa per le riforme del Codice di commercio, il concordato amichevole di fallimento è scomparso (11). Critiche vivaci sono state indirizzate, specialmente in Francia, contro questo istituto, che anche la dottrina austriaca ha chiamato coll'appellativo di " poco pratico „. Le obbiezioni più importanti possono così compendiarsi. Se il concordato è concluso prima che sia spirato il termine per la dichiarazione dei crediti, chi può sapere se gli aderenti rappresentano la totalità dei creditori, o se altri creditori compariranno bensì dopo la stipulazione dell'accordo, ma prima che siano decorsi i termini di cui avevano avuto notizia per mezzo della sentenza dichiarativa, e sui quali credevano di poter contare? Neanche dopo terminata la verifica dei crediti, la certezza di aver ottenuto il consenso di tutti i creditori si può avere assoluta. Dichiarato il fallimento, la situazione è già irreparabilmente pregiudicata. Chi domanda l'apertura del fallimento non agisce solamente per sè ed in proprio nome, ma si costituisce gestore d'affari di tutti gli altri creditori, presenti ed assenti; ciascuno, sia pure ignorato dal curatore e non segnato sui libri, acquista, fin dal principio della liquidazione, un diritto alla continuazione di essa in conformità della legge: un ritardatario ha

(10) **Lanni**, *Dei concord. amich.*, num. 32 e 47.

(11) V. **Mortara**, *Schema preliminare per la riforma delle disposizioni sulla procedura di fallimento e sul concordato*, Torino, 1897 (Estr. dalla *Giurispr. it.*, pag. 23 e seg.).

sempre il diritto di ricongiungersi alla massa nel corso del fallimento e di partecipare ai dividendi ancora da distribuirsi. Ora non viene a mancare egualmente l'unanimità, allorchè si presenta questo nuovo creditore? (12).

Queste critiche evidentemente colpiscono giusto. Quanto al concordato amichevole concluso *prima* della verifica dei crediti (peggio ancora, se è concluso prima che sia spirato il termine per la dichiarazione), è certo che la sicurezza, anche approssimativa, del consentimento unanime non si può mai avere. Vedremo in seguito come sia pressochè insolubile il problema dell'accertamento del consenso unanime da parte del magistrato. Non solo: ma difficoltà enormi presenta anche la condizione dei creditori, i cui crediti sono contestati: in diritto positivo, non resta che lasciare al magistrato l'arbitrio di ritenere o non ritenere necessario il consenso (13), con quanto pregiudizio per la serenità del giudizio definitivo sull'esistenza del credito, è facile immaginare! Quanto al concordato concluso *dopo la verificazione,* esso certo tollera minori obbiezioni. Ma, proscritto il concordato amichevole prima della verifica, quale importanza pratica potrebbe avere il concordato amichevole posteriore alla verificazione, quando è possibile invece il concordato di maggioranza? Anche dal punto di vista teorico questo concordato si palesa una incongruenza. Come può dirsi che l'assenso di tutti i creditori verificati costituisce realmente la volontà della comunione, quando della comunione fanno parte, per la dichiarazione di fallimento, *tutti* i creditori, noti ed ignoti, verificati e non verificati, i quali, anche dopo la verificazione, possono farsi vivi o partecipare al fallimento (art. 770 Cod. comm.)? Solamente dalla deliberazione della maggioranza, organo legale della volontà collettiva, può risultare, con assoluta sicurezza, la volontà collettiva. E perciò non possiamo che lodare lo *schema preliminare* del Mortara di avere implicitamente bandita questa o pericolosa, o poco pratica, sempre illogica forma di concordato, dalla futura legislazione italiana sul fallimento.

---

(12) V. **Thaller**, *Des faillites en droit comparé,* II, pagg. 244 e 245; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité,* VII, num. 666.
(13) V. num. 151, nota 13.

§ 2. — Conclusione del contratto.

Sommario: 146. Necessità del consenso di tutti i creditori. — 147. Contenuto del contratto. — 148. Stipulazione della semplice sospensione del procedimento fallimentare.

146. Il concordato amichevole durante il fallimento può concludersi *in ogni stadio della procedura:* lo dice testualmente l'art. 830: e perciò sarà possibile un concordato amichevole prima della verificazione dei crediti, dell'inventario e anche dell'apposizione dei sigilli: sarà possibile dopo la verificazione dei crediti, quando la legge permette il concordato obbligatorio: ed anche dopo il rifiuto del concordato obbligatorio da parte dei creditori o la negata omologazione da parte del tribunale (1).

Requisito essenziale di questo concordato è che sia consentito da *tutti* i creditori: se non si ottiene l'unanimità il contratto è nullo di nullità radicale e quindi inefficace anche rispetto a coloro che lo assentirono (2). L'assenso di tutti i creditori è indispensabile: non basta (come basta invece per l'accordo amichevole di moratoria) che nel concordato gli assenzienti si obblighino, insieme col debitore, di disinteressare essi, occorrendo, i dissenzienti, quando questi ultimi non hanno aderito al contratto (3).

Quali saranno i creditori, il cui consenso è necessario per la validità del concordato amichevole di fallimento? Sicuramente, *tutti* i

---

(1) Trib. Roma, 25 marzo 1898, *Temi rom.*, 1898, 138; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 835; — **Lanni**, *Dei concord. amich.*, num. 34, e, prima della legge 4 marzo 1889, tutta la dottrina e la giurispr. francese: **Boistel**, *Cours*, num. 1068; — **Pardessus**, *Cours*, III, num. 1268; — **Alauzet**, IV, *Comm.*, num. 2726; — A. Nîmes, 23 luglio 1860, *Dalloz*, 1860, 2, 229; — A. Toulouse, 24 marzo 1883, *Journ. des faill.*, 1883, 452; — e anche sotto l'impero della legge del 1882, Trib. civ. La Réole, 18 giugno 1891, *Journ. des faill.*, 1891, 462. — In Austria la *transazione* unanime può farsi solo dopo la verificazione dei crediti (§ 156 C. O.): ed è perciò che **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 387, nota 1, la chiama giustamente " ein wenig praktische Institut ".

(2) **Lanni**, *Dei concord. amich.*, num. 36; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 836; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8439. — **Lanni** e **Cuzzeri**, loc. cit., a torto rimproverano il **Vidari** di ritenere valido il concordato nei rapporti degli assenzienti, perchè questo autore afferma ciò solo per il concordato amichevole *preventivo*.

(3) A. Genova, 30 giugno 1891, *Temi genovese*, 1891, 554.

creditori chirografari, sui quali nessun dubbio può elevarsi. Dubbio è invece se sia necessario anche l'intervento dei creditori ipotecari e privilegiati. Lo si è negato da una parte sulla considerazione che essi, malgrado il fallimento, continuano ad essere garantiti dal privilegio o dall'ipoteca e che perciò il concordato non può riguardarli (4). Lo si è affermato dall'altra, perchè la legge prescrive (art. 830) il consenso di *tutti* i creditori, senza distinguere tra chirografari e non chirografari, e perchè anche i privilegiati ed ipotecari hanno interesse nella stipulazione del concordato nel caso d'insufficienza della loro cauzione (5). Che i creditori privilegiati ed ipotecari *possano* intervenire al concordato amichevole, lo possano cioè senza perdere le loro garanzie, è certo, quando si pensi che l'art. 834, il quale statuisce la perdita del privilegio o dell'ipoteca, è una disposizione eccezionale, scritta per il concordato di maggioranza e diretta ad impedire che il voto sulla concessione o non concessione del concordato, voto a cui tutti sono legati, dipenda da chi nella stipulazione del concordato non ha interesse (6). D'altro canto l'intervento del creditore privilegiato od ipotecario nel concordato amichevole può essergli utile, per la eventualità d'insufficienza della garanzia: è giusto che egli possa partecipare cogli altri ai vantaggi del concordato, quando ciò avviene senza danno dei terzi. Ma diversamente si presenta la questione quando si domandi se, *per la validità del contratto, sia necessario il consenso, anche, di tutti i creditori ipotecari e privilegiati.* Dato che essi non perdono le garanzie, le stesse ragioni che indussero il legislatore ad escluderli dal voto per la formazione della maggioranza nel concordato obbligatorio, impongono di ritenerne non necessaria la partecipazione nel concordato amichevole. Se la loro opposizione potesse impedire la conclusione del concordato, la condizione dei creditori chirografari dipenderebbe dalla volontà di chi o non è, o è scarsissimamente e solo eventualmente, interessato nel concordato (7). La ragione per cui la legge ha voluto il consenso di tutti i creditori, è che, all'infuori delle deliberazioni di maggioranze accertate prese in regolari assemblee, la volontà collettiva della

---

(4) **Lanni**, *Dei concord. amich.*, num. 36.
(5) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 843.
(6) V., più oltre, num. 196.
(7) V. anche **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2075.

massa non può risultare che dal consenso unanime di tutti i partecipanti. Ma i creditori ipotecari e privilegiati *non* fanno parte della massa (arg. art. 775, 777, 778, 779 Cod. comm.): essi non devono dunque contar per nulla nelle deliberazioni della massa.

La ragione della norma scritta nell'art. 830 la quale richiede il consenso di *tutti* i creditori, ci indica anche i limiti della sua applicazione. Sarà necessario il consenso di tutti i creditori *componenti la massa:* e quindi, anche degli ipotecari e privilegiati, *in quanto risultino incapienti, e perciò, facciano parte della massa* (art. 775 e 779). Ma la incapienza deve essere *accertata* e non soltanto *possibile* o *probabile.* S'intende che se i privilegiati ed ipotecari hanno *rinunciato* al privilegio o all'ipoteca, sono divenuti chirografari e il loro consenso è indispensabile.

147. Il contenuto del concordato è lasciato perfettamente libero alla volontà delle parti (8). Possono i contraenti stipulare dilazioni; stabilire la riduzione parziale dei crediti; convenire la liquidazione stragiudiziale dell'azienda o la cessione di essa ai creditori; trasformare i crediti in quote di partecipazione in una società fra debitore e creditore: e queste stipulazioni possono essere accompagnate dalla concessione di garanzie reali o personali, dalla promessa di interessi ecc. Possono anche i contraenti, stipulare condizioni diverse pei vari creditori. Il trattamento diverso però deve essere *voluto da tutti.* Non può il fallito, senza il consenso degli altri creditori, stipulare a favore di uno particolari vantaggi. Trattandosi qui di concordato di fallimento, la concessione di particolari vantaggi è colpita dalle sanzioni penali dell'art. 866 e dalla nullità dell'art. 867, e non soltanto dà luogo, come è invece nel concordato stragiudiziale e nell'accordo di moratoria, al recesso dei creditori che contrattarono ignorando quelle concessioni (9). L'articolo 866 è applicabile così quando i vantaggi sono concessi per ottenere l'adesione al concordato, come quando sono concessi per altri motivi, ma sull'attivo del fallimento; se si tratta di *vendita di voto,* si verserà nella prima ipotesi di reato configurata dall'art. 866; se si tratta di *vantaggi per altra ragione conseguiti sul-*

(8) Lo stesso è per la *transazione* amichevole austriaca: **Pollak**, *Concursrecht,* pag. 388.

(9) V. num. 102 e 123.

l'attivo del fallimento, si verserà nella seconda figura di reato prevista dall'articolo medesimo. Gli art. 866 e 867 sono nel nostro caso perfettamente applicabili, perchè il concordato è stipulato *dopo la dichiarazione di fallimento e durante la procedura di fallimento*; nella espressione legislativa: " vantaggi stipulati per il voto nelle deliberazioni del fallimento ", malgrado qualche dubbio sollevato in proposito, si deve comprendere anche il consenso dato per la conclusione del concordato amichevole. Consenso unanime o deliberazione di maggioranza non sono che forme di manifestazione della volontà collettiva (10). Alla regola dell'uguaglianza di trattamento — dicemmo — può derogare solo *col consenso di tutti i creditori.* Ma il consenso deve essere *specifico:* nè basterebbe la semplice *notizia* del patto stipulato dal creditore (11).

148. La legge autorizza i contraenti (art. 830_3), a stipulare o la cessazione definitiva o la semplice *sospensione* della procedura di fallimento. Questa ultima ipotesi può verificarsi specialmente nel caso di *dilazione* concessa al fallito *(moratoria convenzionale)*, durante la quale gli sia imposto l'obbligo di liquidare le sue attività e di estinguere il passivo: a questo scopo la *sospensione* della procedura di fallimento serve meglio della *cessazione definitiva:* lo spettro del fallimento ancora aperto, può costituire per il debitore uno stimolo efficace all'adempimento del concordato. In generale, la facoltà conceduta dalla legge di convenire soltanto la *sospensione* della procedura di fallimento dà modo ai creditori di stipulare che *il fallimento venga chiuso soltanto dopo il completo adempimento del concordato.* Questa clausola è veramente provvida per impedire gli abusi che la pratica quotidianamente ci rivela: di debitori che riescono a liberarsi dalla procedura di fallimento, mediante semplici promesse di percentuali che non vogliono o non possono pagare mai, e che rientrati per tal modo nella disponibilità del patrimonio, consumano il poco attivo rimasto e riprendono il commercio facendo nuovi debiti e gabbando nuovi creditori. S'intende che la libertà conceduta dalla legge ai contraenti si limita alla procedura commerciale di fallimento: nulla essi possono stipulare riguardo al

---

(10) **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 474; — **Bédarride**, *Faill.*, II, num. 1290; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 838. — Contr. **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 38.
(11) **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 37; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 838.

procedimento penale. Mentre, cessato sia pure temporaneamente lo stato di fallimento, la procedura commerciale relativa deve cessare, o almeno sospendersi; l'esercizio dell'azione penale è del tutto indipendente dallo stato patrimoniale *attuale* del debitore, dipende da reati oramai consumati, ed appartiene esclusivamente, trattandosi di reati d'azione pubblica, al Pubblico Ministero.

Tutto ciò ci spiega ottimamente il secondo capoverso dell'art. 830, il quale non ha voluto già dire che nel concordato si può *non* convenire la cessazione o la sospensione della procedura di fallimento: una *procedura di fallimento* senza *stato di fallimento* è un assurdo che nessuna legge potrebbe volere. L'art. 830_3 si è invece limitato a consentire oltre che la *cessazione* (conseguenza *normale* di ogni concordato) anche la semplice *sospensione*, vietando soltanto (come è ben naturale) che si stipuli la cessazione del procedimento penale (12).

§ 3. — Forma, prova ed omologazione.

Sommario: — 149. Forma e prova. — 150. Procedimento di omologazione. — 151. Poteri del giudice nella omologazione. — 152. Impugnazione della sentenza che pronuncia sulla omologazione.

149. Le formalità per la convocazione dei creditori, per la discussione e la deliberazione dell'assemblea, stabilite dalla legge per il concordato di maggioranza, non sono necessarie per il concordato amichevole. Ciò si desume dalla lettera dell'art. 831, il quale prescrive la convocazione dei creditori, solo “ *se non abbia luogo concordato per consenso di tutti i creditori* ”. Ciò si desume anche dalla natura di questo concordato: norme speciali per la convocazione, la discussione ed il voto debbono osservarsi, quando la volontà collettiva risulta da una deliberazione di maggioranza obbligatoria per la minoranza; ma, quando — come è nel concordato amichevole — occorre l'assenso di *tutti i creditori*, non si saprebbe vedere la necessità e lo scopo della convocazione di un'assemblea (1).

---

(12) **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 44; — **Cavo**, *Concord.*, num. 12; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8443. — V., più oltre, num. 192.

(1) Conforme: **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 33; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 839.

Come nessuna formalità è richiesta per la *deliberazione* del concordato, così nessuna ne è richiesta per la sua *conclusione:* nè atto pubblico, nè atto scritto. Neanche la *prova* del concordato è limitata, e la scrittura non è richiesta neppure *ad probationem.* Dimostrammo tutto ciò a proposito del concordato stragiudiziale e dell'accordo amichevole in moratoria e rimandiamo perciò senz'altro a ciò che abbiamo detto a proposito di questi due istituti affini (2).

150. Il concordato non produce nessun effetto rispetto alla procedura di fallimento, se non è omologato dal tribunale (3); l'omologazione è imposta dall'art. 836, applicabile anche al concordato amichevole (4), ed è richiesta dalla natura pubblicistica degli effetti, che se ne vogliono ottenere (5). Della natura e dell'oggetto del procedimento di omologazione, dicemmo a proposito del concordato di moratoria (6). Qui ci basti ricordare il principio stabilito, che *il procedimento di omologazione, come tale, non ha altro oggetto che quello di verificare l'osservanza delle formalità e dei requisiti particolari richiesti dalla legge nel concordato, perchè possa dar luogo alla sospensione, o alla chiusura della procedura di fallimento, e di pronunciare quindi questa sospensione, o questa chiusura.* Il procedimento di omologazione, come tale, non ha per oggetto di dichiarare la validità del contratto *fra le parti*, nè l'omologazione accordata costituisce necessariamente, o di per *sè sola* cosa giudicata circa la validità del concordato *come contratto*. Chi domanda l'omologazione, non domanda la dichiarazione di un diritto controverso o inadempiuto, presupposto necessario di ogni procedura contenziosa, ma adempie al precetto di legge, che stabilisce non potere un determinato negozio giuridico produrre certi effetti, se l'osservanza di certe norme non è verificata dal magistrato. Chi chiede l'omologazione di un atto, non è tenuto a dimostrare la *mancanza di vizi di fronte a tutti gli interessati* (prova negativa che nessuno può, del

---

(2) V. num. 104, 105, 126 e 127. — Contr. **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 33; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 839; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 390.

(3) V., più oltre, num. 153.

(4) V. num. 153.

(5) Trib. comm. Venezia, 20 marzo 1884, *Temi ven.*, 1884, 176; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8445; — **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 40; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 839.

(6) V. num. 129.

resto, essere mai tenuto a dare), ma solo a provare *al magistrato l'osservanza di certe condizioni volute dalla legge* (7). Tutto ciò dimostra che il contraditttorio non è necessario, *per ottenere l'omologazione dell'accordo.* Ma omologato l'accordo, la cessazione o la sospensione della procedura di fallimento ne sono una conseguenza indeclinabile, ed il tribunale deve pronunciarla, anche quando non ne sia stato richiesto dalle parti: vedremo anzi in seguito che esso deve interpretare la volontà delle parti, per decidere se hanno voluto semplicemente la *sospensione*, o invece la *chiusura* del procedimento, per pronunciare in conseguenza (8). E perciò neanche la cessazione del fallimento in seguito a concordato amichevole implica un vero giudizio, che possa seguire in contraditttorio. Avendo tutti i creditori assentito al concordato, e questo, come ogni contratto, dovendosi ritenere valido fino a prova in contrario, la cessazione della procedura di fallimento non può ledere i diritti di nessuno giacchè tutti l'hanno voluta nel concordato. Finchè dunque il concordato non è impugnato come nullo, manca la possibilità di un legittimo contraditttorio e, malgrado la disposizione dell'art. 911_1, l'omologazione dovrà essere accordata in Camera di Consiglio, su ricorso di qualunque degli interessati, debitore o creditore (9).

Ciò però non significa che, quando il concordato è nullo come contratto, o per incapacità di qualcuno dei contraenti, o per vizi di consenso, o perchè non fu consentito, come vuole la legge, da *tutti* i creditori (10), debbano il contraente incapace, o il cui consenso fu viziato, e quello che vuol prevalersi della nullità derivante dalla mancanza del consenso unanime, assistere inerti all'omologazione del concordato ed alla chiusura del fallimento. Egli potrà impugnare la validità del contratto ed opporsi in tal modo all'omologazione ed alla conseguente cessazione del fallimento: ma dovrà istituire un vero giudizio, procurandosi il contraditttorio di tutti gli interessati, così come dovrebbe fare, per ottenere l'annullamento di qualunque contratto. Solo dunque nel caso, in cui qualcuno dei contraenti impugni la validità del concordato come contratto, il procedimento non contenzioso di omologazione si muta in procedi-

---

(7) V. num. 153.
(8) V. num. 154.
(9) V. num. 129.
(10) V. num. 146.

mento contenzioso, e sorge la necessità del contradittorio. Se il giudice dichiara nullo il concordato, non v'è luogo ad omologazione; se respinge i motivi di nullità dedotti, colla stessa sentenza può omologare il concordato e dichiarar chiuso o sospeso il fallimento.

151. La natura e l'oggetto del procedimento ci indicano i limiti, entro i quali deve restringersi il còmpito del magistrato nell'omologare il concordato. Il giudice deve restringersi a verificare, se concorrono i requisiti richiesti dall'art. 830: vale a dire, se il concordato è stato consentito da *tutti* i creditori. Egli potrà rifiutare l'omologazione, se manca il consenso di qualche creditore, o se quello di qualche creditore gli risulta non validamente dato (il che rende il concordato non consentito da tutti). Ma accertata l'adesione della totalità dei creditori, egli non può entrare nel merito del concordato. I creditori, quando hanno voluto unanimemente la cessazione dello stato di fallimento e della procedura relativa, sono i migliori giudici della convenienza degli accordi conclusi a questo scopo (11). Lo stabilire, se tutti i creditori hanno consentito, è una indagine di fatto, riservata all'apprezzamento del magistrato. Se il concordato è concluso *dopo la verificazione dei crediti*, non è difficile sapere chi sono i creditori, e se tutti hanno consentito. Più malagevole è il còmpito del tribunale nel caso di concordato *anteriore alla verificazione*. Non essendo possibile verificare l'esistenza del consenso unanime, se non si conosce con esattezza chi sono e quanti sono i creditori, la mancanza di un accertamento legale dei crediti, può rendere qualche volta pressochè insolubile il problema. È stato detto, per togliere di mezzo la difficoltà, che si intenderà abbiano consentito tutti i creditori, quando consti dell'assenso di tutti i creditori *noti* (12); ma così non si risolve, si spostano solo i termini del problema. Pei creditori noti si dovranno intendere solo quelli che hanno dichiarato i loro crediti? (13). O per acquistare questa

(11) **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 391; — **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 41; — **Vidari**, *Corso*, num. 8445; — Trib. comm. Venezia, 20 marzo 1884, *Temi ven.*, 1884, 176.

(12) Trib. comm. Venezia, 20 marzo 1884, *Temi ven.*, 1884, 176.

(13) S'intende che se l'esistenza del credito è stata contestata, il giudice potrà, nel suo prudente arbitrio, dichiarare o no necessario l'assenso del creditore contestato, secondo che le sue pretese gli sembrano più o meno fondate. — V. num. 145.

conoscenza potrà il giudice far ricerche proprie, consultare i libri del fallito, la sua corrispondenza, il bilancio presentato; interrogare il fallito ed il curatore ed eventualmente ordinare la pubblicazione e l'affissione di avvisi e di diffide? Noi propendiamo per quest'ultima soluzione. Se non si accordasse al tribunale nessuna iniziativa, il concordato amichevole potendo stipularsi *in qualunque stadio della procedura*, e perciò anche prima che sia spirato il termine per la dichiarazione dei crediti, potrebbe divenire efficace a far chiudere il fallimento un concordato concluso, nonchè con tutti, con un numero esiguo di creditori (14).

152. La sentenza, che pronuncia sulla omologazione, la quale deve essere pubblicata nei modi indicati nell'art. 912, è certamente impugnabile (art. 913_2). Se il tribunale rifiuta l'omologazione, benchè non vi siano state opposizioni, chi domandò l'omologazione ed intervenne nel giudizio in Camera di Consiglio, potrà proporre reclamo in Camera di Consiglio alla Corte d'appello (art. 781_2 Cod. proc. civ.). Se il tribunale accorda l'omologazione per aver respinto le domande di nullità, contro questa sentenza, che è emessa in contradittorio (15), competeranno le vie di ricorso ordinarie. E lo stesso dicasi se il tribunale nega l'omologazione, per aver accolte le opposizioni e pronunciata la nullità del contratto.

§ 4. — Effetti.

Sommario: 153. Necessità della omologazione perchè il concordato amichevole produca effetto rispetto alla procedura di fallimento. — 154. Effetti della *chiusura* e della semplice *sospensione* del procedimento. — 155. Effetti del concordato sul procedimento penale per bancarotta. — 156. Effetti sui rapporti obbligatorî fra debitore e creditori. — 157. Comparsa di nuovi creditori dopo l'omologazione.

153. Il concordato amichevole produce effetti importanti così rispetto alla procedura di fallimento in corso, come rispetto alle obbligazioni preesistenti che esso modifica.

---

(14) Conformi sostanzialmente al testo: **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 42; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 840.

(15) V. num. 150.

A) Anzitutto il concordato amichevole, appena omologato, produce la cessazione, o la sospensione della procedura di fallimento. L'omologazione è indispensabile, perchè si produca questa importante conseguenza d'indole pubblica: nè basta, come si vuole da qualche autore, la semplice *conclusione* del concordato. Poichè la procedura di fallimento è aperta mediante pronuncia del giudice, sarebbe contradittorio che il semplice accordo delle parti potesse farla cessare. L'istituto del fallimento, nel nostro diritto, è d'ordine pubblico: l'inizio e la cessazione del procedimento toccano così da vicino l'interesse pubblico che la legge ne ha sempre riservato la pronuncia al magistrato, a cui spetta altresì il diritto, in certi casi, di dichiarare *d'ufficio* il fallimento. Quello che i privati possono modificare, è la *condizione di fatto* che sta a base del procedimento; ma tutto ciò che concerne il procedimento è di competenza del tribunale. Si argomenta il contrario dall'art. 831_3 per il quale la *proposta* di concordato non sospende gli atti intrapresi per la liquidazione del fallimento, dal che si vuol dedurre che la *conclusione* del concordato possa, invece, sospendere la procedura (1). Ma l'argomentazione è fallace: *a)* perchè l'art. 831 si riferisce al concordato di maggioranza e non al concordato amichevole; *b)* perchè l'art. 831_3 non dice che la proposta di concordato non sospende *la procedura di fallimento*, e non autorizza perciò l'interpretazione *a contrario*, nel caso, in cui non di *proposta*, ma di *conclusione* si tratti. L'art. 831_3 parla invece degli *atti intrapresi per la liquidazione del fallimento*, cioè per la *liquidazione dell'attivo e del passivo*, come risulta dalla legge, dai lavori preparatori (2), e dal richiamo che lo stesso capoverso fa all'art. 793. Dunque anche volendo argomentare *a contrario* dall'art. 831_3 (il che dubitiamo si possa fare legittimamente perchè il contrapposto logico della norma scritta in quel capoverso non è necessariamente quella che *la conclusione del concordato produce la sospensione* ecc., avendo potuto invece la legge, riferirsi all'*omologazione*), ad ogni modo, l'unica conseguenza che potrebbe dedursi, sarebbe che la conclusione *sospende le operazioni della liquidazione* (3). Ma ciò è ben differente dal dire che la conclusione del concordato sospende *la procedura*! La liquidazione è una fase della

(1) **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 46.
(2) *Atti della Commissione*, III, num. 928.
(3) In questo senso appunto intende **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 841, l'art. 831_3.

procedura; ma questa consta di ben altri elementi: basti citare lo *spossessamento* del debitore, la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio devolute alla massa, la *ripartizione dell'attivo*, ecc.

Il tribunale ordina la *chiusura*, ovvero la semplice *sospensione* della procedura di fallimento secondo che l'una o l'altra è stata convenuta nel concordato. Dalla volontà delle parti dipende il far cessare definitivamente, o il far sospendere soltanto il procedimento concursuale. Questa facoltà è loro concessa dalla legge: " Nel concordato si può convenire la cessazione o la sospensione del processo commerciale di fallimento, ma non si può impedire la continuazione del procedimento penale " (art. 830_3). Con questa disposizione la legge ha voluto soltanto *segnare i limiti entro i quali può spaziare la volontà dei contraenti.* Sarebbe illegittimo dedurne, con una pericolosa argomentazione a contrario, che, nel concordato, si possa *non convenire nè* la cessazione *nè* la sospensione, come se il contrapposto logico di una doppia affermativa forse una doppia negativa. Se nel concordato nulla è espressamente stabilito circa la cessazione o la sospensione della procedura di fallimento, il tribunale dovrà interpretare la volontà delle parti, per dedurne se si è voluto la cessazione, o la semplice sospensione. Non è possibile, per la contraddizione che nol consente, che i contraenti abbiano stipulato un concordato, un contratto cioè diretto a far cessare lo stato di fallimento, ed abbiano voluto contemporaneamente la continuazione della procedura (4). Al tribunale poi non manca modo di accertarsi della volontà dei contraenti: e se (il che non è supponibile) non sia assolutamente possibile desumerla dal contratto, potrà sentire il fallito e i creditori, e, in ultima analisi, rifiutare l'omologazione, per indeterminatezza nell'oggetto del consenso, ordinando che si completi il concordato con una clausola, la quale permetta di conoscere la vera intenzione dei paciscenti.

154. Se in base ai patti stipulati, il tribunale ordina la *chiusura* del fallimento, si applicherà l'art. 841. Omologato il concordato, cessa la procedura di fallimento: vale a dire, il fallito torna nel possesso e nella libera disponibilità dei suoi beni; la comunione creditoria si scioglie e i creditori riacquistano ciascuno la propria libertà d'azione: cessano le funzioni del curatore e della delega-

(4) V. num. 148.

zione di sorveglianza; il curatore rende al fallito il conto della sua gestione, e gli consegna i beni, i libri, le carte, ecc. Se, invece, è pronunciata solo la *sospensione* della procedura, tutta l'organizzazione del fallimento rimane paralizzata nei suoi effetti, ma non cessa definitivamente: si ha perciò l'identica condizione che nella moratoria. Il fallito riacquista pure il possesso e la disponibilità dei suoi beni: ma il tribunale può imporgli la prestazione di una cauzione, o di altre idonee garanzie: il curatore, il giudice delegato, la delegazione di sorveglianza restano in carica: non possono, è vero, esercitare ingerenza nell'amministrazione dei beni del fallito, ma devono invigilare, perchè, non adempiendo il debitore agli obblighi impostigli nel concordato, venga riaperto il fallimento: il curatore non sarà obbligato a rendere il conto della sua gestione, ma potrà attendere che la sospensione sia convertita in cessazione definitiva, ecc.

155. Nessuna conseguenza produce il concordato, ancorchè omologato, rispetto all'azione penale: la disposizione dell'art. 696, che sancisce l'indipendenza delle due procedure, è ribadita dall'art. 830_3, che nega qualunque efficacia al patto del concordato, con cui venga stipulata la cessazione del procedimento penale (5). Ciò non toglie però, che, non per volontà delle parti, impotenti a contrattare sull'azione penale pubblica, ma per la facoltà deferita al tribunale dall'art. 839 Cod. comm., certamente applicabile anche al concordato amichevole (6), possa il magistrato, quando il fallito si mostri meritevole di particolari riguardi, nella sentenza di omologazione, ordinare che il nome del debitore sia cancellato dall'albo dei falliti e, dopo l'adempimento del concordato, sia revocata la sentenza dichiarativa anche rispetto al procedimento penale (art. 839 e 861 Cod. comm.) (7).

156. *B)* Come già dicemmo nella Parte generale di questa trattazione ed abbiamo avuto occasione di ripetere a proposito del concordato stragiudiziale (8), il concordato, quanto agli effetti

(5) V. sopra, num. 147.
(6) V. num. 144.
(7) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8444; — **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 51.
(8) V. num. 85 e seg., e 106.

che produce sulle obbligazioni preesistenti, si risolve in un *pactum de non petendo*, non estingue per novazione le antiche obbligazioni, e lascia dietro di sè una obbligazione naturale per la parte dei crediti a cui si è rinunciato. Tutto ciò vale perfettamente anche per il concordato amichevole di fallimento.

Resta a vedersi soltanto quale sia la condizione giuridica dei coobbligati e fideiussori del fallito, in seguito al concordato, e quale quella dei creditori privilegiati ed ipotecari.

Pei coobbligati e fideiussori vale indubbiamente la regola dell'art. 792, il quale stabilisce che " i creditori conservano la loro azione per l'intiero loro credito contro i coobbligati o i fideiussori del fallito, *ancorchè questi abbia ottenuto un concordato ed essi vi abbiano volontariamente consentito* " (9).

Quanto ai creditori privilegiati ed ipotecari già vedemmo che essi possono prender parte al concordato senza perdere le loro garanzie, non essendo a loro applicabile la disposizione dell'articolo 834 (10). Si è detto, che questi creditori, se non per l'art. 834 Cod. comm., debbono perdere le loro garanzie, aderendo al concordato, in forza dell'art. 1274 Cod. civ.: il concordato importando novazione, le garanzie si estinguono coll'estinzione del credito antico, a meno che il creditore non ne abbia fatto espressa riserva (11). Ma nè l'art. 834, come si vuol sostenere, è un'applicazione ed una conseguenza dell'art. 1274 Cod. civ., avendo esso invece per base la non partecipazione dei creditori privilegiati ed ipotecari alla massa (12), nè, in genere, l'art. 1274 è applicabile al concordato, che — come abbiamo ampiamente dimostrato — non importa novazione (13).

157. Il concordato amichevole di fallimento, ancorchè omologato, non obbliga i creditori che non lo hanno consentito. Se, dopo l'omologazione dell'accordo, si scopre l'esistenza di altri creditori,

---

(9) **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 48; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 842. — V. più sopra, num. 107 e 144.

(10) V. num. 146.

(11) **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 49 e 50. — Conforme al testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 843.

(12) V. num. 196 e seg.

(13) V. num. 107 e 86.

questi non potranno essere tenuti al concordato che non hanno consentito; ma potranno richiedere il pagamento integrale dei loro crediti (14).

§ 5. — Risoluzione ed annullamento.

Sommario: 158. Risoluzione. — 159. Annullamento. — 160. Prescrizione dell'azione di risoluzione e di quella di annullamento.

158. *Risoluzione.* — La risoluzione del concordato amichevole, è disciplinata dall'art. 843 Cod. comm., in quanto sia applicabile. E perciò:

a) Solo il creditore insoddisfatto e non anche il debitore in caso d'inadempimento di qualcuno dei creditori può domandare la risoluzione del contratto. La norma generale dell'art. 1165 Cod. civ., per cui ogni contratto bilaterale si risolve per l'inadempimento di una delle parti, è qui sostituita dalla disposizione speciale dell'art. 843 che regola la materia della risoluzione;

b) Il creditore leso dall'inadempimento non può domandare la risoluzione di tutto il contratto, ma solo la risoluzione *parziale*, nei suoi riguardi (art. 843_3). Questa norma, che abbiamo affermata per il concordato stragiudiziale e per il concordato di moratoria, desumendola dalla natura della risoluzione per inadempimento, è, per il concordato di fallimento, scritta in un apposito testo di legge. E poichè il concordato fu consentito da *tutti* i creditori, la risoluzione totale non può ottenersi su domanda della semplice maggioranza, come può ottenersi invece per il concordato obbligatorio, consentito dalla sola maggioranza dei creditori intervenuti nelle deliberazioni, quando non siano soddisfatti (art. 843_1). La risoluzione *totale* può ottenersi solo quando il debitore concordatario si renda inadempiente verso tutti i creditori, e tutti chiedano la risoluzione. La disposizione dell'art. 843_1 è scritta evidentemente per il concordato di maggioranza ed a questo solo è applicabile (1);

---

(14) **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 56; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8439; — **Cavo**, *Concord.*, num. 10; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 840; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 393.

(1) **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 57.

c) La risoluzione deve essere domandata in contradittorio del fallito, dei suoi fideiussori, se ve ne sono, e del curatore (articolo 843_2);

d) Effetto della risoluzione è di rimettere il creditore, rispetto al quale fu pronunciata (e tutti i creditori se fu pronunziata risoluzione totale), nelle condizioni in cui si trovava prima del concordato (2). Egli rientrerà nell'integrità dei suoi diritti contro il fallito, ma — dice la legge — non potrà domandare il resto delle quote promesse nel concordato, se non dopo la scadenza dei termini ivi stabiliti per il pagamento delle ultime quote „ (art. 843_3) (3);

e) La risoluzione non libera i fideiussori intervenuti nel concordato, nè fa cessare le ipoteche o altre garantìe in esso costituite. La disposizione dell'art. 843_4 è qui pienamente applicabile. La risoluzione non muta la condizione dei coobbligati e fideiussori *anteriori al concordato,* i cui obblighi sopravvissero alla conclusione del concordato (art. 792);

f) Risoluto il concordato, ogni creditore può domandare la riapertura del fallimento (art. 844). A questo proposito valgono le norme di cui parleremo largamente a proposito del concordato obbligatorio (4).

Il diritto di chiedere la risoluzione spetta ai soli creditori (articolo 843_1): il tribunale perciò non può mai pronunciarla d'uffizio.

159. *Annullamento.* — L'annullamento del concordato amichevole, *prima dell'omologazione*, può essere chiesto sia per le cause che lo rendono invalido come *contratto*, secondo il diritto comune (incapacità, e vizi del consenso), sia per la mancanza del requisito richiesto dall'art. 830, cioè il consenso di tutti i creditori (5). *Dopo l'omologazione* invece l'annullamento non può essere pronunziato che per le due cause di nullità ammesse dall'art. 842, vale a dire: dolosa esagerazione del passivo o dolosa dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo scoperte dopo l'omologazione. L'articolo 842 disciplina tutta la materia dell'annullamento del concor-

(2) Cass. Torino, 6 aprile 1889, *La Giurispr.*, 1889, 744.

(3) Sul significato e sulla portata di questa ambigua disposizione legislativa v. il num. 272.

(4) V., in seguito, num. 284 e seg.

(5) V. num. 141.

dato ed esclude espressamente ogni altra causa di annullamento. Nè sulla completa applicabilità di questa disposizione al concordato amichevole possono elevarsi dubbi, perchè nè l'art. 842 distingue, nè dal suo contesto può in alcun modo desumersi che esso presupponga in tutte, o in alcune delle sue disposizioni, un concordato di maggioranza. Può sembrare dura la condizione fatta così ai creditori, ai quali è preclusa la via, dopo l'omologazione, di far valere le cause di nullità per proporre le quali, in qualunque altro contratto, hanno cinque anni di tempo dal giorno in cui cessò la violenza o fu scoperto l'errore o il dolo (art. 1300 Cod. civ.). Ma il legislatore vuol garantire più che sia possibile la stabilità del concordato, il quale, partecipando della natura della transazione (6), non può trattarsi alla stregua di un qualunque contratto. Del resto l'unanimità del consenso, così difficile a conseguirsi, costituisce già una garanzia della sincerità dell'accordo; la omologazione del tribunale poi vi imprime un marchio di legittimità ed è una tutela collettiva e preventiva dei diritti dei contraenti, la quale sostituisce sufficientemente la tutela individuale che può esercitarsi mediante le azioni di nullità del diritto comune. Così è anche nel concordato obbligatorio, in cui ai soli creditori non assenzienti è lasciato un termine di otto giorni dalla conclusione del concordato per opporsi alla omologazione (art. 836_2), mentre dopo l'omologazione è loro preclusa ogni via ad impugnare il concordato, ma ai creditori assenzienti è addirittura *tolto il diritto di far annullare il concordato, dopo averlo consentito*, salvo sempre, s'intende, i due casi dell'art. 842 (arg. art. 836_2: v. in seguito num. 218). Si vede quindi quanto sia migliore la condizione dei creditori assenzienti nel concordato amichevole, i quali, prima dell'omologazione, possono far valere qualunque causa di nullità.

Ma i creditori che si sono fatti vivi dopo l'omologazione, e il cui consenso mancò al concordato, potranno chiedere l'annullamento dell'accordo, perchè venuta meno la condizione dell'unanimità dei consensi, a cui l'art. 830 subordina la validità del concordato amichevole nel fallimento? No certamente, perchè vi osta l'art. 842_3 (7). Questi creditori trascurati avranno però qualche mezzo per impedire che il concordato stipulato pregiudichi i loro interessi. Intanto è certo

(6) V. num. 92.
(7) **Lanni**, *Concord. amich.*, num. 53.

che, malgrado l'omologazione, essi potranno chiedere di essere integralmente soddisfatti (8). Se ottengono il pagamento immediato ed integrale dei loro crediti, non pregiudizio sarà loro derivato dall'accordo, ma vantaggio: perchè probabilmente è stato il sacrifizio degli altri creditori che ha permesso al fallito di uscire dalla crisi e soddisfare integralmente i creditori non concordatari. Se invece i creditori non assenzienti rimangono insoddisfatti, potranno far dichiarare nuovamente il fallimento del debitore (art. 683, 687) e, nel giudizio di fallimento, far revocare per frode il concordato concluso, qualora ne sia derivato pregiudizio ai loro interessi. Malgrado l'art. 842_3, l'azione di revoca non può essere respinta, perchè l'articolo citato dichiara inammissibili le *azioni di nullità*, non quelle di *revoca per frode*, che sono qualche cosa di assai differente.

Annullato il concordato, i fideiussori che lo hanno garantito sono liberati, e ogni altra garantìa data per il concordato vien meno (art. 842_2) (9). Tutti i contraenti ritornano nella precisa condizione giuridica in cui si trovavano prima della conclusione dell'accordo: ogni creditore può domandare la riapertura del fallimento con le norme e gli effetti degli art. 844 e 845, di cui diremo più largamente in appresso, a proposito del concordato obbligatorio (10).

Anche l'annullamento non può essere pronunziato d'ufficio: occorre la domanda del curatore o di un creditore, chiamato il curatore rappresentante la massa, ed in contradittorio del fallito (art. 842_1).

160. L'azione di nullità e quella di risoluzione anche nel concordato amichevole, come in quello obbligatorio, si prescrivono col decorso di due anni: il termine decorre, per l'azione d'annullamento, dal giorno della scoperta del dolo, e per l'azione di risoluzione, dalla scadenza dell'ultimo pagamento da farsi dal fallito secondo il concordato (art. 922).

(8) V. num. 157.
(9) V. num. 282.
(10) V. num. 284 e seg.

TITOLO SECONDO
I concordati obbligatorî.

Sezione Prima
Il concordato obbligatorio di fallimento.

CAPITOLO I.
Nozioni generali e critiche.

§ unico. — Il concetto del concordato obbligatorio nel sistema della legge vigente e nello « schema preliminare » presentato alla Commissione per la riforma del Codice di commercio.

Sommario: 161. Concetto e definizione del concordato obbligatorio nel fallimento. — 162. Diversità di concetti dai quali può essere informata la regolamentazione legislativa del concordato obbligatorio. — 163. Legislazioni straniere. — 164. Schema Mortara. — 165. Condizioni per l'ammissibilità del concordato nel diritto italiano vigente.

161. Quando, dichiarato il fallimento, non più i singoli creditori componenti la massa, ma l'organo della volontà collettiva, cioè la maggioranza deliberante nell'assemblea, ha deciso di sostituire alla liquidazione giudiziale della procedura di fallimento la definizione privata del concordato, questa definizione acquista un'efficacia giuridica singolarmente importante ed intensa. Nelle deliberazioni dell'organo legale della volontà collettiva sta la volontà di tutti i partecipanti, assenzienti e non assenzienti, noti ed ignoti, che la dichiarazione di fallimento ha *ipso iure* riuniti in comunione. Questo è il concordato obbligatorio: " contratto tra il fallito e la collettività dei creditori deliberante a maggioranza nell'assemblea generale, col quale, mediante la modificazione dei preesistenti rapporti obbligatorî, si fa cessare lo stato di fallimento e, quindi, la procedura relativa „. Definizione in cui tutti i caratteri specifici e differenziali del concordato obbligatorio, principalissimo fra i quali, la sua efficacia assoluta anche rispetto ai non assenzienti, sono sinte-

ticamente accennati. Non insisteremo, ora, sulle caratteristiche di questa, che, senza dubbio, è la più importante figura del concordato: parte considerevole della nostra trattazione è destinata a tale scopo, e ad essa rimandiamo il lettore (1). La legge, e giustamente, data l'importanza degli interessi in giuoco, data la necessità di assicurare efficacemente la verità e la sincerità della volontà collettiva, data la particolare natura del contratto, che si allontana sensibilmente dalle forme contrattuali tipiche del diritto civile, ha sancito per il concordato obbligatorio un complesso di norme speciali che ne costituiscono una compiuta disciplina giuridica. Norme, le quali, più che innovare sul diritto comune, hanno dedotto, precisato ed applicato a questa particolare fisonomia di contratto le norme del diritto civile sulle obbligazioni. A queste dunque convien far capo ad ogni modo se si vuol giungere ad una costruzione organica del concordato obbligatorio nel sistema del diritto vigente.

162. La regolamentazione legislativa del concordato obbligatorio dopo la dichiarazione di fallimento è irta di difficoltà. Questo istituto è fra quelli, in cui la critica dei fatti dimostra difettose le più accurate concezioni legislative. E la difficoltà appare dai termini stessi, con cui si presenta il problema di una buona legge sul concordato. Una disciplina giuridica che ponga ostacoli ed esiga cautele per la conclusione del concordato pecca egualmente come una disciplina che lasci libero campo alla volontà delle parti. Due concetti, ugualmente falsi ed ugualmente veri sotto certi punti di vista, possono informare l'opera legislativa. Secondo il primo, il concordato non è un beneficio concesso al debitore, contro gli interessi dei creditori, ma la risultante degli interessi comuni del debitore e della massa. Essendo la maggioranza l'interprete legittima degli interessi della massa, il suo consentimento al concordato è la prova più chiara della convenienza di un accomodamento privato anche per i creditori, e la legge non deve intervenire, tutrice imbarazzante, ad aggravare la condizione dei creditori, obbligandoli alle lungaggini ed alle spese della procedura fallimentare ed ottenendo così lo scopo opposto a quello a cui tende tutto il diritto del fallimento. Sotto l'altro punto di vista, si osserva che il con-

(1) V. Libro I, titolo III, capitolo II.

cordato, liberando il fallito dall'obbligo di pagare una parte considerevole dei suoi debiti, converte il fallimento in un benefizio. Il commerciante fallirà per ottenere una riduzione del suo passivo, perchè è questo l'unico mezzo di procurarsela: libererà la sua azienda dei debiti che la rendevano improduttiva, e così l'impresa, pagate a buon mercato le spese d'impianto, finirà per arricchirlo, senza che i creditori possano in nulla partecipare ai vantaggi ottenuti mediante il loro sagrifizio. Si ha un bel dire che i creditori hanno voluto l'accordo: il loro consenso non può essere libero, quando sono messi nell'alternativa o di riscuotere poco o di non riscuotere forse affatto. Nè d'altro canto, vi può essere certezza che la maggioranza sia davvero maggioranza, e, meno ancora, che la maggioranza sia l'espressione degli interessi comuni. L'esperienza insegna, che le maggioranze concordatarie sono, di solito, preparate da lunga mano, mediante creazione di crediti fittizi sotto la forma cambiaria: che a votare il concordato, più che l'apprezzamento dell'interesse comune, inducono le promesse di pagamento integrale, le somme sborsate sotto mano, le frodi colle quali i meno scrupolosi sanno trar partito della situazione a danno dei meno interessati o dei più lontani. La legge — è vero — reprime questi abusi: ma la prova di fatti, dei quali i soli interessati a tacerne furono probabilmente testimoni, riesce, in pratica, di una difficoltà estrema; e la consuetudine criminosa dei crediti fittizi, sapientemente preparati, e quella dei così detti *extra*, sono oramai invalse e inquinano la sincerità di quasi tutti i concordati. Il male è grave ed i rimedi escogitati finora per estirparlo, si sono manifestati impotenti. Quindi, necessità di non consentire il concordato se non con grandi cautele, colle quali la legge, mettendosi al posto degli interessati impotenti o corrotti, tuteli, col loro, l'interesse della moralità e della giustizia. Se pure — sull'esempio di qualche legislazione ora abrogata (l'Ordinanza comunale del 1781 già vigente in Austria prima del 1868 non conosceva il concordato, che fu introdotto solo pei commercianti colle leggi 18 maggio e 15 giugno 1859 (2); nè lo conoscevano parecchie legislazioni Cantonali svizzere prima della legge del 1889 (3)), — non convenga addirittura

---

(2) **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 7 e seg.; — **Thaller**, *Des faill. en droit comparé*, II, pag. 248, nota 1.

(3) V. **Thaller**, *Faill.*, pag. 249, nota 1.

bandire del tutto un istituto che si presenta così facile strumento di frode (4).

Ambedue i concetti, partendo dai quali si conclude così diversamente, da una parte per la libertà del concordato, dall'altra, per una regolamentazione restrittiva ed anche per il divieto, sono ugualmenti veri. È vero che il concordato non è un beneficio concesso al solo debitore, ma un contratto che può rappresentare e rappresenta anche l'interesse dei creditori. È vero, che, viceversa, esso fornisce mezzo, al debitore di mala fede, di avvantaggiarsi dal fallimento col sagrifizio dei creditori meno avveduti. Ma ciò non importa, nè che debba lasciarsi ai contraenti libertà sconfinata, nè tanto meno, che debba abolirsi un istituto, solo perchè la sua applicazione può dar luogo ad inconvenienti. Appunto perchè quei due concetti, apparentemente antitetici, sono veri ambedue, nè l'uno nè l'altro è vero in modo assoluto. Verò è invece che *il concordato è un benefizio tanto pel fallito, quanto pei creditori, ma è per il fallito un benefizio infinitamente maggiore.* La conclusione di un concordato può rappresentare pei creditori una soluzione più spedita e meno costosa della situazione; ma pel fallito rappresenta, oltre ad un beneficio economico per la liberazione definitiva che gli riserva interamente nell'avvenire il frutto del suo lavoro, anche il mezzo per ottenere la riabilitazione morale e per sottrarsi alle gravi conseguenze penali del fallimento.

Dall'essere il concordato un benefizio pei creditori, ma un benefizio assai maggiore per il debitore, deriva, che, mentre non si può, in nessun caso, togliere ai creditori in modo assoluto la possibilità di concluderlo, d'altro canto ci si deve assicurare che il concordato proposto risponda realmente all'interesse comune di tutti i creditori, impedendo in ogni caso al fallito di trarne i vantaggi che concernono unicamente la sua persona, quando non se ne dimostri completamente degno.

163. Il concetto, che il concordato sia un vantaggio concesso benignamente al fallito, prevale nelle legislazioni straniere, le quali,

---

(4) Il progetto di legge sulle liquidazioni giudiziarie elaborato dalla Commissione parlamentare francese del 1885, relatore **Laroze**, proponeva appunto di non consentire concordato nella procedura di fallimento e di riservarlo alla sola liquidazione giudiziaria. — V. **Thaller**, *Faill.*, I, pag. 321 e seg.

di solito, dichiarano *inammissibile* la proposta di concordato, quando il fallito ne sia indegno (5). Questa indegnità è variamente valutata: il *Code de commerce* ritiene indegno solo il fallito condannato per bancarotta fraudolenta e sospende la conclusione del concordato al fallito contro il quale sia in corso un procedimento penale per tale reato (art. 510 e 511). La legge belga vieta anch'essa il concordato al fallito condannato per bancarotta fraudolenta ed al fallito contro cui sia stato spiccato mandato di comparizione o di cattura per bancarotta, anche semplice, fino all'esito del procedimento (art. 514 e 495). Egual proibizione nell'Ordinanza germanica (§ 175) e nel Codice spagnuolo (art. 898) per il bancarottiere fraudolento e per il fallito fuggitivo. L'indegnità invece è valutata con criterî assai più severi dall'Ordinanza austriaca, la quale vieta il concordato al fallito *recidivo,* che fu cioè altra volta sottoposto a procedura di concorso; al fallito *fuggitivo* per causa di debiti, finchè rimane assente; al fallito che si rifiuta di presentare il bilancio; al fallito che non ha tenuto regolarmente i suoi libri; ed infine al fallito, contro cui sia iniziato procedimento penale per reati a fine di lucro e per bancarotta colposa, finchè non sia intervenuta sentenza di assoluzione (§§ 207 e 208).

Altre legislazioni vietano il concordato, quando sia proposto con dividendo inferiore ad una determinata percentuale (il 50 % pel Codice portoghese, art. 730, § 2, e il 40 % per la legge ungherese, § 200), evidentemente perchè hanno voluto portare dei limiti al benefizio concesso al fallito. Qualche legislazione ora abrogata infine permetteva il concordato di maggioranza puramente *dilatorio,* e non permetteva il concordato *remissorio* (6).

Della inammissibilità del concordato per *indegnità* del fallito e per *insufficienza* della percentuale offerta discorreremo più a lungo in seguito e vedremo come finisca per nuocere a quegli stessi creditori, i cui interessi si vogliono tutelare. Quanto all'inammissibilità del concordato *remissorio* diremo che a ragione tutte le legislazioni vigenti l'hanno completamente esclusa. Abbiamo, altrove, dimostrato quanto poco logico sia distinguere fra *rimessione* e *dila-*

---

(5) **Löhr,** *Ueber die rechtl. Natur d. Zwangsvergl.*, pag. 71, *sub b).*

(6) **V. Thaller,** *Des faill. en droit comparé,* II, pag. 248 e seg. — Così la legislazione austriaca precedente all'ordinanza del 1868.

zione (7). Non si può dire che il sagrifizio conseguente da una *rimessione* sia maggiore di quello dipendente da una *dilazione*. Il 75 % oggi può rappresentare per il creditore più del 100 % domani. Ciò è doppiamente vero nel campo del credito commerciale. Ogni commerciante, le cui scadenze sono precise e rigorose, preferirà un pagamento pronto, ma ridotto, ad un soddisfacimento integrale, ma lontano. L'esclusione del concordato remissorio contradirebbe del resto al concetto stesso del fallimento, il quale, nel diritto moderno, non è un istituto giuridico creato contro la *insufficenza patrimoniale*, ma contro la *incapacità a pagare* del debitore. Ciò dimostra, che, nei riguardi dell'istituto del fallimento, un pagamento *non immediato* si pareggia completamente ad un pagamento *non integrale*.

164. Allo stesso concetto, che il concordato costituisca un favore concesso al fallito, sono informate le proposte dello *schema preliminare* preparato dal Mortara per incarico della *Sotto-commissione per la riforma della procedura di fallimento*, nella parte che concerne l'istituto del concordato. L'illustre relatore, proponendo nelle varie disposizioni dello *schema* un trattamento più rigoroso verso i falliti, dichiara: " Avendo la Commissione già approvato un progetto (concordato preventivo) che ha per iscopo di diminuire i casi di fallimento, sembrami logico che i fallimenti dichiarati siano sottoposti a un più severo trattamento, anche nelle discipline concernenti il concordato, al quale la legge attuale porge agevolezze ed incentivi che la esperienza dimostrò fatali e che la critica più autorevole ha molte volte deplorati " (8). Norme più rigorose appunto contiene lo *schema*, specialmente riguardo alla *conclusione* del concordato, che viene considerato come un beneficio da accordarsi soltanto al fallito meritevole e solo a patto che esso non imponga ai creditori un sagrifizio eccessivo. Notevoli sono su questo punto gli art. 820, 824 e 825, i quali esigono perchè il concordato possa proporsi e concludersi, il concorso delle condizioni seguenti:

a) che il fallito non sia *recidivo*, cioè non sia stato altra volta soggetto a procedura di fallimento (art. 820_1);

---

(7) V., a proposito del concordato di moratoria, num. 122.

(8) *Schema preliminare*, pag. 29, nota 1.

b) che nessuna proposta anteriore di concordato sia stata respinta, o se lo fu, che siano passati almeno sei mesi (art. 824);

c) che il fallito offra ai suoi creditori almeno il 20 % in capitale di ciascun credito, pagabile in non più di un anno e con sufficienti garanzie (art. $820_{2, 3}$);

d) che il concordato sia approvato dalla maggioranza rappresentante i tre quarti dei crediti, se il dividendo offerto è almeno del 50 %; e dalla maggioranza rappresentante i quattro quinti, se il dividendo offerto è inferiore al 50 % (art. 825).

La prima condizione, che il fallito sia degno del concordato, per non essere mai stato soggetto a procedura di fallimento, viene stabilita evidentemente partendo dal presupposto che il concordato sia un beneficio da negarsi al fallito indegno. Questo presupposto contraddice alla natura stessa del concordato, il quale non è un contratto a titolo gratuito (9), ma un mezzo offerto così ai creditori come al debitore per uscire con minor danno da una situazione imbarazzata (10). E non è giusto che il danno della scorretta condotta commerciale del fallito debba ricadere sui creditori, i quali per ciò solo possono essere messi in condizione di non poter uscire dalle lungaggini poco profittevoli della procedura di fallimento mediante un vantaggioso concordato (11). Vi sono altri più efficaci e

---

(9) V. num. 90.

(10) Questo concetto, che si trova nei *lavori preparatori* del Codice vigente (v. nota 16), è accolto anche dal **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 475, il quale giustifica poi le restrizioni poste dalla legge germanica alla conclusione del concordato, affermando che si tratta di casi " nei quali le circostanze sono tali che manca una base sufficiente per la valutazione delle condizioni patrimoniali " (pag. 474). — Nello stesso ordine di idee il **Jäger**, *Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts*, Berlin, 1901, sul § 175, pag. 607, annotazione 2: " I motivi di inammissibilità del § 175 si giustificano colla considerazione che qui vi è il sospetto di una illecita dissimulazione dell'attivo e quindi il pericolo di una frode a danno dei creditori per mezzo del concordato. Non è decisivo invece il fatto che in questi casi il debitore è indegno del concordato, perchè l'istituto è introdotto anche a beneficio dei creditori ". — Ma le spiegazioni date dai due autori sono insufficienti. Quale influenza nella valutazione del patrimonio può avere la condanna del fallito per bancarotta fraudolenta? Se dissimulazione vi fu, la sentenza di condanna passata in giudicato l'accerta definitivamente e, lungi dal costituire una causa di errore pei creditori, li mette a giorno della vera situazione.

(11) Secondo lo *schema* il concordato non può farsi che a proposta del fallito: art. 819.

più sicuri mezzi di colpire il commerciante che vuol esercitare l'industria del fallimento: meglio è fare a meno di questo, che, oltre a costituire una punizione pel colpevole, aggrava ingiustamente la posizione della vittima.

Opportuna nei suoi intendimenti è certo la proposta dell'art. 824 dello *schema*, colla quale si vieta al debitore, la cui offerta sia stata respinta, di presentarne una nuova, se non siano trascorsi almeno sei mesi (12). È giusto che si impedisca al fallito di mala fede di ripetere più volte offerte irrisorie. Ma il mezzo migliore per ottenere ciò non è forse quello di rendere impossibile per sei mesi la conclusione del concordato, colpendo insieme chi tentò la frode e chi ne doveva esser vittima. Si dice che una nuova proposta prima di sei mesi è inutile, perchè il tempo troppo breve trascorso non permette al fallito di migliorare la sua offerta (13). Che le condizioni del patrimonio in liquidazione non possano in breve tempo essere migliorate, è certo: ma non lo possono probabilmente neppure in sei mesi. Può invece avvenire, e ciò anche all'indomani della reiezione della proposta, che un amico o un parente, intervenendo, metta il fallito in condizione di far proposte più vantaggiose. Lo scopo dell'art. 824 sarebbe — ci sembra — conseguito ugualmente, se, tolto ogni limite di tempo per la rinnovazione della proposta, si prescrivesse che la nuova proposta non possa essere ammessa dal giudice delegato, se le condizioni offerte non siano notevolmente migliorate, in confronto delle antiche.

Sempre partendo dal principio, che col vietare *a priori* qualunque concordato, si può procurare il danno di coloro appunto, i cui interessi si vogliono tutelare, non ci sembra possa la critica passare sotto silenzio quella disposizione dello schema, colla quale si prescrive che nessuna proposta di concordato è ammissibile, se il dividendo offerto sia inferiore al 20 % di ciascun credito in capitale

---

(12) In Francia, respinto il concordato interviene lo stato di unione, durante il quale nessun concordato è possibile. Ma questo sistema, che il *Code de commerce* ha comune colla sola legge belga, non è seguito dalle altre legislazioni ed è vivamente censurato da **Thaller**, *Faill.*, II, pag. 258. — In Germania il concordato è sempre possibile, anche quando le prime proposte furono respinte, purchè non sia passata in giudicato la decisione del tribunale che ordina la ripartizione (K. O., § 173). — Analogamente in Austria (C. O., §§ 172, 179, 180): v. **Pollak**, *Concursrecht*, pagg. 410 e 411.

(13) **Vidari**, *Corso*, IX, pag. 555.

o pagabile in un tempo superiore ad un anno. Poichè col concordato si vuole e si può ottenere un vantaggio pei creditori, è strano che il legislatore si assida, con una disposizione così assoluta e generale, arbitro dei loro interessi, dichiarando in tutti i casi conveniente un concordato al 20 % e non conveniente un concordato a meno del 20 %. La convenienza di una percentuale non si può mai giudicare con criterî assoluti, ma bisogna sempre commisurarla alle condizioni del patrimonio del fallito. In un fallimento che possa dare, mediante la liquidazione regolare, un dividendo del 30 %, sarà disastroso un concordato al 20 % soltanto. Ma in un fallimento, che dovrà chiudersi per insufficienza d'attivo, un concordato al 15 % sarà una soluzione soddisfacente. Comprendo benissimo che non sia morale lo spettacolo di un fallito che riesca a tacitare i suoi creditori col 15 %. Ma la norma giuridica non può proporsi la tutela della morale: e meno che mai nel fallimento, dove si tratta principalmente di salvare quello che si può nel disastro comune. Se si vuol perciò, non già punire semplicemente il fallito, ma tutelare gli interessi dei creditori, bisogna limitarsi a procurare che i patti concordati rispondano all'interesse comune. Libertà dunque ai creditori di consentire qualunque accordo, ma obbligo fatto al tribunale di non omologare nessun concordato *se la percentuale promessa non sia proporzionata all'attivo del fallimento e, in genere, se i patti concordati non migliorino la condizione dei creditori di fronte al proseguimento della liquidazione.* In tal modo al cieco divieto di *qualunque concordato* si sostituisce la inefficacia di *quel concordato* che non risponde realmente all'interesse comune di tutti i creditori.

Senza riserve invece approviamo la proposta contenuta nell'art. 825 dello *schema*, di esigere una maggioranza tanto più forte, quanto più debole è la percentuale offerta. Questa innovazione che il progetto sul concordato di fallimento ha comune con quello della Sottocommissione sul concordato preventivo (14), malgrado le censure autorevoli, di cui è stata fatta segno, è giuridicamente corretta e praticamente utilissima. Il rimprovero che le è stato fatto (15) di essere fondata sull'arbitrio, non sapendosi vedere perchè debba bastare il concorso della maggioranza rappresentante i tre quarti quando il dividendo è del 50 %, mentre ci vuole l'assenso dei quattro quinti

(14) V. num. 308.
(15) **Vidari**, *Corso*, IX, *appendice seconda*, pagg. 554 e 555.

quando il dividendo è del 49 %, non è, evidentemente, giusto. Il nesso causale, che si nega esistere tra la maggioranza e la percentuale, appare invece chiarissimo, quando si consideri *che il concetto di maggioranza in ogni assemblea deliberante non è un concetto unico ed immutabile, ma varia, col variare dell'importanza della deliberazione che l'assemblea è chiamata a prendere.* In ogni collettività organizzata, l'obbligo della minoranza di sottostare alle decisioni della maggioranza, dipende da ciò, che il giudizio sugli interessi della collettività è deferito al maggior numero dei partecipanti. Ora questo maggior numero, la cui volontà si ritiene volontà di tutti, non è affatto, necessariamente, la metà più uno delle teste *(maggioranza numerica)* e neppure la metà più uno sulla somma totale degli interessi *(maggioranza di somma). La metà più uno è la maggioranza minima:* ma dipende dalla volontà di chi organizza la comunione lo stabilire *quale maggioranza sarà necessaria per tutte o per alcune deliberazioni della collettività.* E non solo è naturale, ma è giusto che la maggioranza richiesta sia tanto maggiore, quanto maggiore è l'importanza della decisione: nè vi sarebbe nulla di strano, se per certe deliberazioni, d'importanza eccezionale, si richiedesse l'unanimità. E poichè non può contestarsi che l'importanza della deliberazione sul concordato è tanto maggiore, quanto maggiore è la rinuncia che i creditori fanno dei loro diritti, *appare pienamente legittimo che si richieda una maggioranza tanto più forte, quanto minore è la percentuale promessa, o più lungo il tempo entro il quale deve essere pagata.* Stabilito il rapporto che corre tra l'entità della rinunzia e la maggioranza occorrente per effettuarla, il concretare in cifre questo rapporto, diviene una questione di tecnica legislativa, in cui è inevitabile che si conceda un certo arbitrio al legislatore. Ma non sarà questa una ragione che ci debba far ritener cattivo il principio, come non è nè illogico nè antigiuridico che l'uomo acquisti la piena capacità di agire solo quando ha raggiunto un certo grado di sviluppo fisico, benchè ciò porti di necessità a dichiarare un giovane di ventun anni meno un giorno incapace, e quello di ventun anni e un giorno pienamente capace.

165. Il diritto italiano vigente parte dal concetto opposto a quello che informa la maggior parte delle legislazioni e lo *schema preliminare,* e considera il concordato come un contratto vantaggioso egualmente al fallito ed ai creditori. Questo concetto, che si

trova espressamente dichiarato nei lavori preparatori (16), costituisce il presupposto necessario di parecchie disposizioni legislative. In base ad esso il Codice vigente, innovando sul Codice del 1865, che riproduceva il sistema francese (art. 621, 632, 636), ha tolto ogni limite alla facoltà di proporre ed accettare il concordato, qualunque sia la condizione del fallito di fronte al procedimento penale per bancarotta. Partendo da quel concetto, la legge permette il concordato *in qualunque stadio della procedura di fallimento* (art. 830). Un concordato può essere concluso anche dopo cominciata la ripartizione, anche dopo che ne fu respinto un altro, anche quando di un concordato sia pure contratto alle stesse condizioni, fu negata la omologazione dal tribunale (17).

Secondo la legge adunque il concordato è sempre ammissibile, qualunque ne siano i precedenti, qualunque siano i patti offerti, qualunque sia la condizione del debitore. Anche le difficoltà, sôrte altrove riguardo alle *Società commerciali*, non hanno ragione di essere in Italia, di fronte al disposto degli art. 853 e 854 che presuppongono esplicitamente la possibilità di un concordato sociale (18).

---

(16) *Atti della Commissione*, verb. CLVIII, III, num. 927: " Non è infatti esatto il ritenere, che il concordato sia vantaggioso al solo fallito, quando è certo che i creditori, nella maggior parte dei casi, non vi presterebbero adesione, se non trovassero in esso il mezzo più adatto ad alleviare il male che soffrono per l'insolvenza del loro debitore. Se dunque il concordato giova anche ai creditori, e con essi all'interesse del commercio in generale, non è facile scorgere, per qual motivo vogliasi negare ad entrambe le parti questo vantaggio e solo perchè una di esse non ne è meritevole ".

(17) V. Trib. Firenze, 14 dicembre 1885, *Dir. comm.*, 1886, 360; — A. Casale, 9 luglio 1886, *Consul. comm.*, 1887, 25.

(18) La possibilità di un concordato sociale, si argomenta in Francia, dall'articolo 551 *Code de commerce*, v. **Boistel**, *Cours*, num. 1040; — **Pic**, *Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales*, Paris, 1887, pag. 168; — e in Germania dal § 211 della *Konkursordnung* (fatta eccezione per le cooperative e le società di assicurazioni, alle quali la legge 1° maggio 1889, modificata con leggi 10 luglio 1897 e 12 agosto 1896 [§ 109] e la legge 12 maggio 1901 [§§ 52 e 53], vietano il concordato), v. **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 456; — **Sarwey**, *Konkursordnung*, pag. 844, n. 3; — **Jäger**, *Die Konkursordn.*, pag. 603, annotazione 18; — e in Austria, dal § 208 della C. O. v. **Frankl**, *Der Concurs der offenen Handelsgesellschaft nach österreichischem Rechte*, Wien, 1891, pag. 66; — **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 401; — **Schwarz**, *Das österr. Concursrecht*, I, pag. 243. — In Italia quella possibilità è ammessa da tutti gli autori: v. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 312; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 1029; — **Sraffa**, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze, 1897, pag. 333 e seg.

Tutte le società, anche quelle disciolte ed in liquidazione, potendo cadere in fallimento (art. 207), possono altresì concludere un concordato coi loro creditori. Questa possibilità fu negata in Francia: " Oggetto del concordato — si disse — è il ristabilimento del fallito alla testa dei suoi affari, mettendo fine allo spossessamento e restituendogli il suo patrimonio, contro l'obbligazione da lui assunta di pagare un dividendo determinato: ora come un tal contratto potrebbe intervenire a vantaggio di una società che non ha più, e perfino, che non ha mai avuto esistenza legale? Una società che non esiste più giuridicamente non può essere rimessa alla testa dei suoi affari: essa non ha più diritti: il suo patrimonio formando una massa indivisa tra i soci, essa non può contrarre obbligazioni, e neppure un'obbligazione di pagare un dividendo connessa ad una rimessione di debito " (19). Ma si dimentica così che la ripresa degli affari non è lo scopo immediato e necessario del concordato, mediante il quale ci si propone invece soltanto di far cessare lo stato di fallimento e di sostituire alla liquidazione giudiziale del fallimento una liquidazione privata (20): si dimentica che durante la liquidazione la società non è distrutta, ma continua a vivere per gli scopi della liquidazione, e può benissimo pagar dividendi per obbligazioni dipendenti da operazioni incominciate quando non era ancora disciolta (21).

Una sola condizione esige la legge per la conclusione del concordato: vuole cioè che avvenga *dopo la verificazione dei crediti*. La regola è anche qui che il concordato può concludersi *in qualunque tempo* (art. 830): ma una restrizione risulta necessariamente dall'art. 833, il quale dichiara che il concordato non può farsi se non col concorso della maggioranza dei creditori, *i cui crediti furono verificati od ammessi provvisoriamente:* prima della verifica non può formarsi maggioranza e quindi neanche concordato (22). Potrà il con-

---

(19) **Pic**, *Traité de la faillite des sociétés*, pag. 183 e seg.

(20) V. num. 1, 2 e 84.

(21) **Sraffa**, *La liquidazione delle società commerciali*, 2ª ed., Firenze, 1899, pag. 48 e seg.; — **Vivante**, *Trattato*, II, num. 688; ed autori quivi citati.

(22) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 148; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 846; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8451. — La dottrina francese desume la stessa regola dall'articolo 504 *Code de commerce*, che prescrive la convocazione dei creditori nei tre giorni seguenti alla scadenza dei termini stabiliti per la confermazione dei crediti, e ammette all'adunanza solo i creditori verificati e ammessi provviso-

cordato aver luogo prima che sia *definitivamente* fissata la data della cessazione dei pagamenti? Lo si è affermato sulla considerazione che questa data influisce sulla nullità degli atti compiuti dal fallito prima della sentenza dichiarativa, le quali nullità vengono spesso a diminuire il numero dei creditori. Crediamo anche noi impossibile il concordato prima che sia fissata la data della cessazione dei pagamenti: ciò risulta implicitamente dal fatto che il concordato deve essere posteriore alla chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, dopo il quale non è più possibile retrotrarre la data della cessazione (23). Ma neghiamo che la sentenza di retrotrazione debba anche essere passata in cosa giudicata, per la scadenza del termine dell'art. 706 senza che vi siano state opposizioni, o per essere state respinte le opposizioni proposte. La legge esige, come presupposto del concordato, la determinazione del passivo: ma non una determinazione assolutamente certa ed irrevocabile: l'art. 833 consente il voto anche ai creditori ammessi solo provvisoriamente: nessun ostacolo quindi a che anche la sentenza di retrotrazione sia, al momento della conclusione del concordato, ancora suscettibile di annullamento. Ma vi è un testo formale che pareggiando la sentenza non definitiva a quella definitiva, agli effetti della esecutorietà, ci impone di non tener conto della possibilità di una revoca. Non bisogna dimenticare che per l'art. 913, tutte le sentenze del tribunale in materia di fallimento sono provvisoriamente esecutive, e provvisoriamente esecutiva è anche quella

---

riamente: v. **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 568; — **Boistel**, *Cours*, num. 1031. — L'Ordinanza germanica dichiara espressamente [§ 173] che non può darsi concordato prima della verificazione dei crediti, nè dopo la decisione del Tribunale che ordina la ripartizione: v. **Wilmowski**, *Konkursordn.*, pag. 441; — **Sarwey**, *Konkursordn.*, pag. 774; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 590; — **Jäger**, *Die Konkursordn.*, pag. 604, annot. 3; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 413; — **Löhr**, *Ueber die rechtl. Natur d. Zwangsv.*, pag. 70. — Nell'assenza di un testo formale la dottrina austriaca desume una norma analoga dalla disposizione del § 207 dell'ordinanza concursuale: v. **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 410.

(23) **Bolaffio**, *Comm.*, num. 80, che desume questa norma molto esattamente dall'art. 706, il quale, stabilendo un termine perentorio di otto giorni dalla chiusura del verbale di verificazione per fare opposizione alla sentenza determinante la data della cessazione, importa di necessità che la sentenza sia emanata prima di quella chiusura. " Se lo fosse dopo, e sia pure negli otto giorni, sarebbero sempre altrettanti giorni sottratti al termine per l'opposizione e quindi una diminuzione di garanzie per gli opponenti ".

di retrotrazione, la quale pertanto deve essere eseguita immediatamente e produce, appena pronunziata, tutti gli effetti di una sentenza definitiva, non escluso quello di rendere possibile la conclusione di un concordato (24).

CAPITOLO II.

La conclusione.

---

§ 1. — La convocazione e riunione del fallito e dei creditori.

N° 1. — *La domanda di convocazione.*

Sommario: 166. Carattere della domanda di convocazione. — 167. Chi può domandare la convocazione. — 168. La domanda può essere fatta a mezzo di rappresentante.

166. Il concordato obbligatorio, dovendo essere consentito non dai creditori *uti singuli*, ma dalla *massa*, suppone di necessità la convocazione e la riunione dell'assemblea dei creditori, nella quale si forma e si manifesta la volontà collettiva della massa. A rigore, in questa assemblea nella quale la collettività dei creditori è chiamata a dare il proprio consenso al concordato, la presenza del fallito non è indispensabile. Nel concordato — come in ogni altro contratto — nulla vieterebbe che le parti contraenti si scambiassero la proposta e l'accettazione anche *ex-intervallo:* e che quindi il fallito formulasse anteriormente le sue proposte, sulle quali l'assemblea dei creditori fosse chiamata poi a deliberare (1). Ma la maggior parte delle legislazioni vigenti pre-

---

(24) V. nel senso del testo: A. Milano, 21 giugno 1892, *Temi genovese*, 1892, 696; — A. Amiens, 21 marzo 1885, *Journ. des faill.*, 1886, 85; — Contr. A. Caen, 20 gennaio 1868, *Dalloz*, 1869, 2, 100; — A. Douai, 27 febbraio 1893, *Journ. des faill.*, 1893, 456; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 568.

(1) Questo è il sistema del *Progetto* **Mortara**, nel quale è scomparsa la disposizione dell'art. 832 Cod. comm. vigente, che fa obbligo al fallito di intervenire personalmente o a mezzo di mandatario speciale. Lo schema stabilisce invece che il fallito deve fare le sue proposte nell'istanza di convocazione (ar-

scrive che il concordato debba contrarsi senza intervallo fra la proposta e l'accettazione, in una riunione, alla quale intervengano debitore e creditori (2). Il nostro Codice si è tenuto ad un sistema misto: prescrive, *di regola,* la conclusione nella adunanza (art. 832_1, e 835_1), ma *eccezionalmente* consente che le adesioni al concordato possano essere date anche fuori dell'assemblea (art. 835_2). Di questa eccezione diremo in seguito (3). Qui basta notare che, anche nel nostro diritto, *non può farsi in alcun caso proposta di concordato se non nell'assemblea dei creditori, e che, di regola, anche l'accettazione deve avvenire in assemblea.*

La convocazione della riunione è dunque l'atto preparatorio indispensabile per la conclusione del concordato. La convocazione è fatta dal giudice delegato (art. 831_1), non più d'uffizio ed obbligatoriamente, come prescriveva il Codice abrogato, e come ancora prescrivono il Codice francese (art. 504) e la legge belga (art. 509), ma solo ad istanza degli interessati (art. 831_1) (4). Non si tratta qui di

---

ticolo 820), le quali proposte sono riferite *per disteso* dal curatore ai creditori nella lettera di convocazione e possono essere accettate da ciascun creditore mediante adesione per iscritto, da inviarsi al giudice delegato (art. 822).

(2) Il *Code de commerce* (art. 505 e 509), e la legge belga (art. 511 e 515), prescrivono che all'adunanza per il concordato intervenga il fallito personalmente o a mezzo di mandatario, e che il concordato sia *a pena di nullità*, sottoscritto *séance tenante.* La *Concursordnung* germanica vuole anch'essa che all'adunanza sia invitato il fallito (§ 179), il quale deve conferire personalmente o farsi rappresentare, altrimenti non può concludersi il concordato: v. **Jäger**, *Die Konkursordnung*, Berlin, 1900-1901, pag. 612, annot. 2; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 420, testo e nota 2; — **F. Wach**, *Der Zwangsvergleich*, pag. 30; — **Wilmowski**, *Konkursordn.*, pag. 447, nota 2. — L'accettazione deve farsi in assemblea, col concorso della maggioranza voluta: in nessun caso può avvenire fuori dell'assemblea: arg. § 182_2. — Su di che: v. **Kohler**, *Lehrb.*, pagg. 592 e 593. Lo stesso nel diritto austriaco (C. O., § 215, e **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 423). — Veramente tanto nel diritto germanico quanto nell'austriaco, il debitore deve formulare le sue proposte, prima di ottenere la convocazione: ma si tratta di un atto preliminare, necessario per porre il giudice in grado di decidere sulla opportunità della convocazione, e i creditori di vagliare con ponderazione i patti del concordato, non già di una proposta formale *rivolta ai creditori.* Questa si deve ritenere avvenga proprio nell'assemblea; altrimenti a che servirebbe la presenza del debitore? — V. **Jäger**, *Die Konkursordn.*, pag. 612, annot. 2.

(3) V. num. 208 e 212.

(4) Sui motivi che consigliarono il legislatore italiano ad abolire il tentativo obbligatorio di concordato: v. *Atti della Commissione*, III, num. 766, 797 e 927;

una vera *proposta di concordato:* ma solo di un'istanza diretta al giudice delegato allo scopo di ottenere la convocazione di un'adunanza *per la proposta.* Lo dice testualmente l'art. 831: " Se non abbia luogo un concordato per consenso di tutti i creditori, il fallito, il curatore e la delegazione dei creditori, o tanti creditori che rappresentino almeno una quarta parte del passivo, possono sempre chiedere al giudice delegato *una convocazione dei creditori per la proposta di un concordato* ". Lo dimostra chiaramente il silenzio della legge intorno al contenuto dell'istanza: se si fosse trattato di una offerta di concordato, la legge avrebbe prescritto sicuramente che fossero fatte conoscere le condizioni della proposta. Lo prova ancora l'obbligo che fa la legge al fallito di intervenire personalmente, e, in casi eccezionali, a mezzo di mandatario, nell'assemblea del concordato: il che sarebbe stato perfettamente inutile se l'istanza di convocazione da lui avanzata fosse già una proposta di concordato (5). Da ciò derivano due conseguenze:

a) Nel silenzio della legge (6), non si può costringere colui che fa istanza per la convocazione dei creditori, neanche se l'instante è il fallito, a far conoscere le condizioni che intende offrire per la conclusione del concordato. L'istanza può limitarsi ad una richiesta di convocazione, giacchè le condizioni del concordato dovranno essere concretate e discusse nell'adunanza che si vuol provocare. Se le proposte fossero conosciute prima della riunione, le parti avrebbero, certo, il vantaggio di esaminarle e di valutarne con precisione la portata. Ma in mancanza di una espressa statuizione, la domanda di convocazione può essere fatta puramente e semplicemente (7);

— **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8450; — **Guariglia**, *Concord.*, pagg. 167 e 168; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 844 e 845. — L'abolizione del tentativo obbligatorio è, in sostanza, una conseguenza naturale dell'abolizione dell'*unione*, come stato distinto dallo *stato di fallimento*.

(5) Lo *Schema* **Mortara**, infatti, il quale fa dell'istanza di convocazione una vera *proposta di concordato*, che ne deve contenere le condizioni, e che può essere presentata esclusivamente dal fallito, *non* esige poi la presenza di questi nell'adunanza. (V. art. 820, 822, 823).

(6) Secondo l'Ordinanza germanica la domanda di convenzione deve indicare le condizioni della proposta (§ 174) e queste devono essere depositate nella cancelleria del tribunale a disposizione degli interessati (§ 178): v. **Jäger**, pagg. 606 e 611; — **F. Wach**, *Zwangsvergleich*, pag. 29; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 589.

(7) Conforme al testo: **Guariglia**, *Concord.*, pagg. 172 e 173; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 845.

b) Essendo l'istanza di convocazione un semplice *atto preparatorio* per la conclusione del concordato, nulla vieta che possa essere presentata anche *prima* della verificazione dei crediti. Se la *conclusione* del concordato non è possibile prima che sia chiuso il verbale di verificazione dei crediti, manca ogni ragione per impedire che la *domanda di convocazione* e *la convocazione stessa* siano fatte anche prima della verificazione (8).

167. Gli interessati ammessi a far la domanda di convocazione per la proposta di un concordato sono, per l'articolo 831_1: il fallito, il curatore, la delegazione dei creditori o tanti creditori che rappresentino almeno un quarto del passivo. Questa larghezza del legislatore fu vivamente censurata, come poco pratica e pericolosa, perchè nessuno, all'infuori del fallito, può conoscere l'estensione e la misura degli obblighi che questi può assumersi, e nessuno quindi, all'infuori di lui, è in grado di fare realmente una proposta di concordato (9). Ma la critica non tien conto del vero carattere della domanda, di cui all'articolo 831, che è una semplice *istanza di convocazione* per la conclusione del concordato e non già una vera e propria *offerta di concordato* (10). L'offerta di concordato su cui avverrà la votazione si concreterà poi, nell'adunanza stessa, e risulterà da una discussione, della quale nulla impedisce che l'iniziativa sia presa dal curatore o dalla delegazione di sorveglianza o anche da un nucleo considerevole di creditori. Se il fallito non conosce esattamente gli umori del ceto creditorio, e non vuole esporsi ad uno scacco, facendosi iniziatore di una proposta che potrà non essere accettata, nessun intermediario è meglio indicato del curatore che, facendo convocar l'assemblea, può, nella riunione stessa, mettere d'accordo le parti su una proposta di concordato che, posta in votazione, raccolga l'adesione di tutti, o almeno, della maggioranza legale. Malamente si invocano, contro la disposizione dell'art. 831, le legislazioni stra-

---

(8) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 171; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 846; — **Caro**, *Concord.*, num. 25. — Contr. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8451, che estende anche alla domanda di *convocazione* la norma che noi abbiamo affermata quanto alla *conclusione del concordato.*

(9) **Guariglia**, *Concord.*, pagg. 169-171.

(10) V. num. preced.

niere (a cui può ora aggiungersi anche lo *schema* Mortara), le quali ammettono solo il fallito a far la proposta di concordato. Tutte queste legislazioni sono perfettamente logiche, ciascuna nel suo sistema: ma nel Codice nostro manca appunto ciò, che, in quelle, giustifica e rende necessaria la facoltà di proposta ristretta al fallito. Si cita il *Code de commerce*, i commentatori del quale sono unanimi nel decidere che solo il fallito può fare la proposta di concordato (11); ma si dimentica che questi autori non possono parlare che della *vera offerta*, fatta in adunanza (12): e non della *domanda di convocazione*, per la ragione semplicissima che la convocazione, in Francia, non è fatta ad istanza delle parti, ma d'ufficio, ed obbligatoriamente, dal giudice, nei tre giorni che seguono i termini prescritti per l'affermazione dei crediti (art. 504 *Code de commerce*). Si cita l'Ordinanza germanica; ma questa prescrive che la domanda di convocazione sia fatta dal fallito, perchè la domanda deve contenere le condizioni dell'offerta (§§ 174 e 178) (13). Si può discutere sulla opportunità di distinguere la domanda di convocazione dalla *proposta*, e di permettere che la proposta sia formulata all'adunanza stessa, cogliendo così alla sprovvista i creditori. E su questo punto, siamo anche noi di parere che il sistema del *Progetto* Mortara, e dell'Ordinanza germanica, i quali vogliono che la votazione avvenga sempre sopra una proposta precedentemente

---

(11) **Bravard-Veyrières**, 2e édit. par **Demangeat**, *Droit comm.*, V, pag. 307; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 575; — **Boistel**, *Cours*, num. 1032, *sub 3*.

(12) Ciò risulta evidentemente dai passi citati alla nota precedente. V., ad es.: **Bravard-Veyrières**, loc. cit.: " C'est au failli qu'appartient l'initiative, c'est à lui à proposer le projet de concordat, sur lequel les créanciers sont invités à délibérer. *Il faut donc appeler le failli. Mais à son égard, on ne se contentera pas d'une simple lettre missive..... il lui sera fait une sommation par huissier* ".

(13) Logico è anche lo *Schema* **Mortara**, il quale stabilisce che l'iniziativa del concordato spetti al fallito (art. 820), ma vuole che la convocazione dei creditori non possa essere fatta, se non vi è l'*offerta concreta* del debitore, sulla quale i creditori sono semplicemente chiamati a votare, senza discussione e senza l'intervento del fallito. Non ci sembrano perciò giuste le critiche del **Vidari**, *Corso*, IX, append. II, pag. 553. — È vero che il concordato è un beneficio così pel fallito, come pei creditori, ma, dato il concetto, che i creditori debbano votare con coscienza di causa su proposte concrete e già conosciute (sulla giustezza del quale non si può non convenire), si comprende come proposte concrete non possano esser fatte che dal fallito.

conosciuta, sia di gran lunga migliore. Ma, dato il sistema della legge vigente, la disposizione dell'art. 831_1 è perfettamente logica e giusta.

Se il fallito è una società commerciale, la domanda di convocazione può essere fatta dagli amministratori, anche senza autorizzazione dei soci. Vedremo che questa autorizzazione è necessaria per *concludere* il concordato (14): ma la domanda di convocazione non impegna ancora il fallito ed è un *atto preparatorio*, il quale, come le trattative preliminari coi creditori (15), può benissimo esser fatto dai soli amministratori.

Il quarto dei creditori che può, alla sua volta, chiedere la convocazione per la proposta di un concordato, si calcola sui crediti verificati ed ammessi (16). Anche i creditori privilegiati ed ipotecari possono concorrere a costituire quel quarto: essi sono interessati alla convocazione di un'adunanza per il concordato, perchè se le condizioni offerte risulteranno convenienti, potranno rinunciare alla garanzia e prender parte alla deliberazione dell'accordo (art. 834) (17). Ma la sola domanda di convocazione, che a nulla impegna ed è solo un atto preparatorio del concordato, non implica per essi rinuncia tacita alle garanzie. La presunzione dell'art. 834_3, scritta per il *voto* nella deliberazione del concordato, e importante una restrizione di diritto, non è suscettibile di interpretazione estensiva (art. 4 disp. prel. Cod. civ.).

168. Come ogni atto giuridico, così anche la domanda di convocazione per il concordato, può essere fatta a mezzo di rappresentante. Lo si è negato " perchè, quando la legge permette la rappresentanza in materia di fallimento, lo dice con molta chiarezza, come fa nell'art. 832 per le adunanze del concordato, mentre qui tace. Che se là parla e qui tace, e quindi non permette, egli è perchè la domanda di concordato è cosa assai più grave, che non lo assistere all'adunanza di un concordato già stato chiesto " (18). Rispondiamo, *non esser* vero che in materia di fallimento venga meno la regola

---

(14) V. num. 177.
(15) **Sraffa**, *Il fallimento delle società commerciali*, pag. 355.
(16) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 848.
(17) Conforme al testo: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8453.
(18) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8452.

generale del diritto moderno che sancisce l'ammissibilità della rappresentanza negli atti giuridici (19). Se l'art. 832 dichiara espressamente che, autorizzato dal giudice delegato, può il fallito farsi rappresentare nell'adunanza del concordato, *è semplicemente perchè lo stesso articolo 832 stabilisce, pure espressamente* (come doveva fare trattandosi qui davvero di una deroga ad un principio universalmente ricevuto nel diritto moderno), *la non ammissibilità della rappresentanza nei rapporti del fallito.* Stabilita espressamente una norma eccezionale, anche la deroga a questa norma doveva essere sancita espressamente: ma ciò non può costituire un argomento per estendere oltre i casi indicati dalla legge la disposizione eccezionale dell'art. 832_1 sul divieto della rappresentanza imposto al solo fallito e solo *riguardo all'adunanza del concordato.* Come può dirsi poi che domandare la convocazione dei creditori sia cosa assai più grave che assistere all'adunanza, quando è proprio e solo nell'adunanza che fallito e creditori concludono il concordato e si obbligano definitivamente? (20).

N° 2. — *La convocazione.*

Sommario: 169. Ordinanza del giudice delegato sulla domanda di convocazione. — 170. Notificazione dell'ordinanza di convocazione. — 171. Effetti della domanda di convocazione e della convocazione.

169. La domanda di convocazione deve essere diretta al giudice delegato, al quale, per l'importanza della riunione, da cui possono uscir diminuiti i diritti della minoranza dissenziente, la legge conferisce l'incarico di convocare gli interessati. Il giudice esamina se la domanda risponde ai requisiti richiesti dalla legge, se cioè

---

(19) **Tartufari**, *La rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1892, num. 35; — **Buchka**, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Rostock und Schwerin, 1852, pagg. 204 e seg. e 230; — **Mitteis**, *Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht*, Wien, 1885, pag. 78 e seg.; — **Helmann**, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, München, 1882, pag. 142 e seg.; — **Vangerow**, *Pandekten*, III, § 608; — **Windscheid**, *Pand.*, § 313; — **Dernburg**, *Pand.*, I, § 119; — **Baron**, *Pandekten*, §§ 65, 223; — **Hasenhörl**, *Obligationenrecht*, I, pag. 408, ecc. — La regola della ammissibilità della rappresentanza risulta anche dal Cod. di comm., art. 380, 381, 106, 116, 122, 349, 368, 491.

(20) Conforme al testo: A. Brescia, 1893, *Diritto comm.*, 1894, 64.

è presentata dalle persone indicate nell'art. 831 o dai loro legittimi rappresentanti: quando la dimanda sia fatta dai creditori, verifica se essi rappresentano il quarto del passivo. Non può in alcun caso entrare nel merito della dimanda e respingerla per mere ragioni di opportunità. Non si dimentichi che non si tratta di una vera *proposta di concordato*, i cui termini siano precisi ed invariabili, e della cui convenienza sia possibile giudicare *a priori*. Qui si tratta di una semplice *dimanda di convocazione*, in cui si può anche fare a meno di manifestare i proprî intendimenti sulle condizioni del concordato, e che, ad ogni modo, non può accertare quali saranno le proposte su cui si voterà nell'adunanza. Come può il giudice, di suo arbitrio, dichiarare che non c'è luogo a concordato? Un esame del merito delle proposte non è qui possibile, per la ragione semplicissima che in sede di domanda di convocazione non si fanno proposte. Nel silenzio della legge non si può dare al giudice delegato la facoltà esorbitante di sostituirsi ai creditori, nel decidere sulla convenienza di un concordato (21).

L'ordinanza del giudice che pronuncia sulla domanda non è soggetta a reclamo (Cod. comm., art. 910).

Quando il giudice ordina la convocazione, fissa anche il giorno dell'adunanza. Il giorno è determinato dal giudice, secondo il suo prudente arbitrio, in modo da non prolungare eccessivamente la procedura di fallimento che si vuol chiudere mediante il concordato e da lasciare ai convocati un congruo tempo per intervenire all'adunanza (22). Come termine minimo, *di regola*, il giudice dovrà osservare quello stabilito dall'art. 906 per tutti gli avvisi di convocazione: otto giorni dalla spedizione dell'avviso: ma anche questo termine non è stabilito a pena di nullità (23). Nullità, crediamo, vi sarebbe soltanto, quando si dimostrasse che il termine stabilito dal giudice era materialmente insufficiente a far giungere a tutti

---

(21) Conforme al testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 847; — e, sostanzialmente, anche **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8455. — Contr. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 173 (che a torto perciò censura la legge), e **Cavo**, *Concord.*, num. 24.

(22) **Bravard-Veyrières**, *Dr. comm.*, V, pag. 307 e nota 5; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2069; — **Boistel**, *Cours*, num. 1031; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 572.

(23) A. Roma, 11 febbraio 1888, *Consul. comm.*, 1888, 176; — Cass. Torino, 2 marzo 1900, *Dir. comm.*, 1900, 632.

la notizia della convocazione e a dar tempo ai convocati di recarsi nel luogo dell'adunanza (24).

All'adunanza devono essere convocati, non solo i creditori, ma anche il fallito (25) ed il curatore (art. 831_2). I creditori debbono essere convocati tutti, chirografari, ipotecari e privilegiati, verificati e ammessi provvisoriamente o definitivamente, e non verificati, ma portati in bilancio o in altro modo noti. I creditori con privilegio o ipoteca hanno interesse ad essere convocati perchè possono, intervenendo, rinunciare espressamente o tacitamente alla garanzia e prendere parte al voto (26). I creditori non verificati hanno anch'essi interesse ad essere avvisati della convocazione, anche perchè potrebbero i loro crediti essere verificati prima dell'adunanza, alla quale pertanto debbono essere messi in grado di partecipare (27).

170. L'art. 831_2 dice: " L'ordinanza di convocazione deve essere notificata ai creditori, al curatore ed al fallito ", lasciando incerti, tanto sulla *persona*, che deve curare la notificazione, quanto sul *modo*, con cui la notificazione deve essere fatta.

Si è detto, che alla notificazione deve provvedere il curatore, al quale la legge, in varie disposizioni speciali (art. 724, 744, 762) e in una disposizione generale (art. 906_1) commette di dare notizia agli interessati dei provvedimenti che li riguardano e particolarmente di convocare i creditori nelle assemblee del fallimento (28). — Ma questa interpretazione urta contro la lettera dell'art. 831, il quale prescrive che la notificazione deve esser fatta

(24) Conforme: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8458; — **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pag. 367, nota 5.

(25) Se il fallito è morto, saranno convocati tutti gli eredi, individualmente, v. num. 176.

(26) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 571; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 173; — A. Nancy, 11 febbraio 1888, *Journ. des faill.*, 1888, 472.

(27) Cass. Torino, 4 febbraio 1896, *Foro*, 1896, 387; — A. Genova, 30 dicembre 1897, *Temi genov.*, 1898, 56; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 851; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8456; — **Guariglia**, *Concord.*, pagg. 173 e 174. — Contr. A. Torino, 18 febbraio 1895, *Giur. tor.*, 1895, 549. — In Francia, per testuale disposizione del *Code de commerce* (art. 504), solo i creditori verificati e affermati o ammessi provvisoriamente debbono essere invitati all'adunanza.

(28) Cass. Roma, 24 marzo 1888, *Foro*, 1888, 321; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8456; — **Masi**, *Del fallimento*, pag. 512.

anche al *curatore*, che non potrebbe certo notificare l'ordinanza a sè medesimo. Che se si volesse esonerarlo dalla notificazione a sè stesso, resterebbe senza applicazione una parte della disposizione legislativa. — Si è preteso da qualche autore (29), che la notificazione debba essere fatta a cura della persona, che domandò la convocazione. Ma anche questa interpretazione è contradetta dall'art. 831_2, il quale vuole che la notificazione sia fatta sempre, e cumulativamente, al curatore, al fallito e ai creditori: dal che si deduce che nessuna di queste tre categorie di persone deve curare la notificazione. — La questione, noi crediamo, può risolversi, tenendo presente appunto che dalla lettera della legge appare escluso il concorso tanto del fallito, quanto del curatore e dei creditori, e ricordando che in varie disposizioni del Codice, è data facoltà al giudice delegato di convocare, egli direttamente, i creditori (es.: articoli 727, 757, 796). È il giudice delegato adunque, in questo caso, come nei casi degli art. 727, 757, 796, che deve avvisare fallito, curatore e creditori della convocazione: ed egli lo farà a mezzo del cancelliere, il quale lo assiste in tutti i suoi atti (articolo 53 Cod. proc. civ.) e al quale spetta l'obbligo di dare esecuzione ai suoi ordini (30). Questa facoltà del giudice delegato è perfettamente conforme alla funzione direttiva che la legge gli assegna nella procedura di fallimento (31).

A maggiori dubbi ancora ha dato luogo la questione della *forma* in cui deve avvenire la notificazione. Sarà necessaria una regolare notificazione per atto d'usciere? O basterà un semplice avviso per lettera raccomandata, come prescrivono l'art. 906 Cod. comm. e 78 del *Regolamento esecutivo*, in ogni caso di convocazione dei creditori e, in genere, per tutti gli avvisi " occorrenti nella procedura di fallimento "?. La gran maggioranza degli autori sta per l'av-

---

(29) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 175; — **Masi**, *Del fallimento*, pag. 512.

(30) Conformi al testo: **Cuzzeri**, *Concord.*, num. 849; — **Bolaffio**, *Foro*, 1884, 881; — **Cavo**, *Concord.*, num. 25, *in fine*; — **Fiore-Goria**, *Rass. di dir. comm.*, 1884, 277. — La soluzione adottata nel testo è quella che il *Code de commerce* ha prescritto esplicitamente: art. 504: " Dans les trois jours qui suivront les délais prescrits pour l'affirmation, *le juge commissaire fera convoquer par le greffier...* ". Nello *Schema* **Mortara** l'avviso di convocazione deve essere spedito dal curatore (art. 822).

(31) Cod. comm., art. 727; — **V. Kohler**, *Lehrb.*, pag. 589.

viso mediante semplice lettera raccomandata (32) ed anche la giurisprudenza che fu incerta nei primi anni dell'attuazione del Codice, si è oramai affermata per questo mezzo più semplice di notificazione (33). E giustamente, crediamo. Che basti l'avviso per lettera raccomandata si desume anzitutto dalla natura di questa *notificazione*, la quale non è *atto di parte*, e neppure un *ordine dell'autorità giudiziaria a comparire dinanzi a lei,* ma un semplice *avviso dell'avvenuta convocazione.* Nè la parola della legge: " *l'ordinanza deve essere notificata* " implicano — come pur si è preteso — che debba comunicarsi tutto il testo dell'ordinanza, e che perciò si tratti di vera e propria *notificazione* nel senso del Codice di procedura civile. La legge vuole soltanto che sia *fatta nota la pronuncia dell'ordinanza di convocazione:* nè i convocati potrebbero pretendere di più: il solo loro interesse è di essere avvertiti dell'adunanza e di conoscerne il giorno e l'ora: non già di verificare in modo autentico i motivi e la forma della deliberazione presa dal giudice di convocarli. La parola *notificare* usata dalla legge non fa ostacolo a questa interpretazione: perchè spesso è usata dalla legge anche nel senso volgare di *far noto, avvisare* (v. ad es.: art. 724). E se — come non può negarsi — l'espressione legislativa è ambigua, e si presta ad una duplice interpretazione, deve senz'altro prefe-

---

(32) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8457; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 850; — **Bolaffio**, *Annuario critico di giurisprudenza commerciale*, I, 103, e *Foro*, 1884, 879; — **Errera**, *Temi veneta*, 1884, 605; — **Cavo**, *Concord.*, num. 25; — **Masi**, *Fallim.*, pag. 512. — Contr. **Fiore-Goria**, *Rass. di dir. comm.*, 1884, 277; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 174, (per il caso in cui la convocazione sia fatta ad istanza del fallito o dei creditori: quando sia fatta ad istanza del curatore concede anch'egli che possa usarsi la lettera raccomandata); — **Fronticelli**, *Monit. trib.*, 1885, 623.

(33) Per la necessità dell'atto d'usciere: v. A. Milano, 1° settembre 1884, *Foro*, 1884, 879; — A. Venezia, 26 febbraio 1886, *Foro*, 1886, 507; — A. Venezia, 18 novembre 1886, *Foro*, 1887, 123. — Per la semplice lettera raccomandata: v. A. Genova, 30 aprile 1885, *Monit. trib.*, 1886, 146; — A. Venezia, 26 luglio 1883, *Temi veneta*, 1883, 382; — A. Roma, 11 febbraio 1888, *Cons. comm.*, 1888, 176; — A. Venezia, 11 maggio 1888, *Foro*, 1888, 623; — A. Casale, 30 giugno 1888, *Giurispr. di Casale*, 1888, 250; — Cass. Roma, 24 marzo 1888, *Foro*, 1888, 321; A. Napoli, 16 maggio 1888, *Dir. comm.*, 1888, 694; — A. Venezia, 27 agosto 1889, *Monit. trib.*, 1890, 120; — A. Milano, 20 ottobre 1889, *Monit. trib.*, 1889, 1021; — A. Palermo, 12 gennaio 1891, *Circolo giur.*, 1891, 119; — A. Roma, 19 dicembre 1891, *Dir. comm.*, 1892, 244; — A. Catanzaro, 26 aprile 1892, *Foro, Rep.*, 1892, num. 246.

rirsi quella che favorisce la rapidità ed economia dei giudizi ed armonizza di più colle forme sommarie della procedura di fallimento. Ciò posto, poichè per l'art. 78 del Regolamento esecutivo tutti gli avvisi occorrenti nella procedura di fallimento devono essere consegnati alla persona cui sono diretti, ritirandone ricevuta, o spediti con lettera raccomandata alla posta, potrà seguirsi questo mezzo più semplice, più rapido, meno dispendioso di notificazione, egualmente ammissibile secondo il testo dell'art. 831 ed egualmente autorizzato dalla legge (34).

171. Fino alla conclusione del concordato continuano gli atti intrapresi per la procedura di fallimento (art. 831_3). E perciò, nè la domanda di convocazione, nè la convocazione, nè la riunione, quando in essa non si concluda il concordato, bastano a far sospendere gli atti della procedura di fallimento. Una sola eccezione porta a questa regola l'art. 793_2: quando sia intervenuta non la semplice domanda di convocazione, ma una *vera proposta di concordato*, che contenga esattamente indicate le condizioni dell'offerta, e queste siano tali da farne prevedere probabile l'accettazione, può il curatore ottenere dal giudice delegato di tener sospesa la vendita dei mobili e degli immobili (35).

N° 3. — *La riunione.*

Sommario: 172. La riunione è tenuta sotto la presidenza del giudice delegato. — 173. I creditori possono intervenire o personalmente o a mezzo di mandatarî. — 174. Forme e requisiti del mandato. — 175. Quali creditori hanno diritto di intervenire. — 176. Intervento del fallito. — 177. Casi in cui il fallito sia morto, incapace, o sia una società commerciale. — 178. Intervento e relazione del curatore. — 179. Intervento di fideiussori o garanti del fallito.

172. Nel giorno e nell'ora stabiliti dall'avviso di convocazione, sotto la presidenza del giudice delegato (art. 907_1) si adunano i creditori, colla presenza del fallito e del curatore (art. 832).

---

(34) Nello *Schema* **Mortara**, per il quale la convocazione deve essere fatta dal curatore, non v'ha dubbio che sia sufficiente la notificazione per lettera raccomandata (art. 822 e art. 2° del titolo IX).

(35) Nello *Schema* **Mortara**, dalla data del decreto di convocazione, rimane anche sospesa la distribuzione del denaro. E logicamente, perchè il progetto provvede a che non si convochino i creditori se non vi è una offerta di concordato, concreta, seria e conveniente (art. 819 e 821).

L'adunanza è nulla, se non è presieduta dal giudice delegato. La legge vuole che tutte le adunanze dei creditori, ma particolarmente quella del concordato, si tengano sotto la direzione del magistrato preposto alla procedura di fallimento. Nullo sarà adunque il concordato concluso in un'adunanza irregolarmente tenuta in assenza del giudice delegato (36). Ma poichè la nullità concerne soltanto l'assemblea non legalmente presieduta, non può dirsi nullo il concordato stipulato, col concorso della maggioranza di legge, in un'assemblea cui intervenne regolarmente il giudice delegato, ma che fu preceduta da un'altra adunanza non presieduta dal giudice e perciò nulla (37).

173. I creditori possono intervenire personalmente o farsi rappresentare da mandatari (art. 907_3). Non è affatto necessario che il mandato sia conferito ad un procuratore legalmente esercente: qui non si tratta di rappresentanza in giudizio: ma della conclusione di un contratto: siamo perciò completamente fuori dei termini dell'art. 156 Cod. proc. civ. (38). Un mandato generale *ad negotia* non sarebbe sufficiente (art. 1741_2 Cod. civ.) (39): eccezion fatta per il mandato institorio che implica la facoltà di promuovere azioni in giudizio per le obbligazioni dipendenti dagli atti intrapresi dall'institore nell'esercizio del commercio al quale è preposto (art. 375 Cod. comm.) e quindi anche di realizzare un credito (s'intende, purchè dipenda da quell'esercizio) nella procedura di fallimento (40). Il mandato speciale *ad lites* rilasciato per la rappresentanza nella procedura di fallimento, comprende anche la facoltà di consentire il concordato, nel quale, in sostanza, non si fa che liquidare amichevolmente il dividendo del fallimento (41).

(36) A. Nîmes, 20 maggio 1892, *Journ. des faill.*, 1893, 364; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 573.

(37) Cass. Torino, 17 agosto 1888, *Foro*, 1888, 1121; — A. Torino, 18 luglio 1887, *Foro*, 1887, 1228 (La prima adunanza, nella specie, era stata presieduta da un altro giudice). — Contr. A. Nîmes, 20 maggio 1892, *Journ. des faill.*, 1893, 364.

(38) **Guariglia**, *Concordato*, pag. 186; — A. Torino, 18 luglio 1887, *Foro*, 1887, 1228.

(39) A. Roma, 19 aprile 1892, *Temi rom.*, 1892, 277; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 186.

(40) A. Catania, 11 dicembre 1893, *Cons. comm.*, 1894, 122.

(41) Conforme: A. Casale, 9 luglio 1886, *Cons. comm.*, 1887, 25; — **Tartufari**,

174. Si è dubitato a lungo se, per il mandato, fosse necessaria la forma autentica (42), o se bastasse una scrittura privata non autenticata (per es.: una lettera) (43) o se, perfino, fosse sufficiente un semplice telegramma (44). L'opinione restrittiva, che richiede l'atto autentico o autenticato, contradetta da *tutta quanta* la giurisprudenza, deve respingersi come assolutamente arbitraria. Questa opinione si appoggia sull'art. 48 Cod. proc. civ., il quale stabilisce che, quando la legge richiede la presentazione di un mandato, questo deve essere in forma autentica o per scrittura privata con autenticazione delle firme. Ma l'art. 48 è fuori questione, perchè qui non siamo in tema di rappresentanza in giudizio, e sono perciò applicabili, non le norme del Codice di procedura civile, ma quelle del Codice di commercio che non richiedono nessun rigore di forme o di prove (art. 44 e 53 Cod. comm.). Che se pure si volesse considerare il concordato come un procedimento giudiziale, e attenersi alle norme della procedura civile sulla rappresentanza in giudizio, non all'art. 48 converrebbe far capo, ma all'art. 375, che, in materia commerciale, deroga all'art. 48 e si accontenta del mandato non autenticato scritto in calce dell'originale o della copia dell'atto di citazione. Nè, per la necessità dell'atto autentico o autenticato, può farsi ricorso ai principî generali. Secondo la dottrina comunemente ricevuta, il mandato deve essere dato in forma autentica, solo quando l'atto di cui si dà incarico al mandatario, deve essere fatto in forma autentica (45). Ma il voto del concordato non deve certo essere dato per atto autentico a pena di nullità: vedremo che può essere

---

Della rappresentanza nella conclusione dei contratti, num. 184, *sub n)*, nota 3. — Contr. A. Palermo, 28 ottobre 1891, *Cons. comm.*, 1892, 222.

(42) V. in questo senso: **Guariglia**, *Concord.*, pag. 186; — **Calamandrei**, *Fallim.*, II, num. 870; **Masè-Dari**, *Comm.*, num. 474.

(43) V. in questo senso: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8461; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 855; — **Cavo**, *Concord.*, num. 28; — A. Torino, 18 luglio 1887, *Foro*, 1887, 1228; — Cass. Torino, 17 agosto 1888, *Foro*, 1888, 1121; — Cass. Firenze, 24 dicembre 1891, *Foro*, 1892, 294; — Cass. Torino, 19 dicembre 1891, *Giur. it.*, 1892, 273; — A. Roma, 19 aprile 1892, *Temi rom.*, 1892, 277; — A. Genova, 22 aprile 1898, *Temi genov.*, 1898, 238; — Cass. Roma, 5 ottobre 1899, *Dir. comm.*, 1900, 111.

(44) V. in questo senso: A. Palermo, 17 marzo 1890, *Monit. trib.*, 1891, 174.

(45) **Tartufari**, *La rappresentanza*, num. 139; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de dr. civ. français*, IV, § 411, note 6 e 7; — **Laurent**, *Principes*, XXVII, num. 445.

dato anche per lettera (46): che se l'atto autentico fosse necessario, non già la semplice scrittura privata autenticata basterebbe per il mandato, ma occorrerebbe addirittura sempre l'atto notarile: il che nessuno sostiene ed è segno che quell'argomento prova troppo.

Ma se il mandato in forma autentica od autenticata non è necessario, necessario riteniamo invece il mandato scritto: che il voto pel concordato deve essere dato o per atto pubblico, cioè davanti al giudice delegato o almeno per iscritto, risulta dalla natura stessa dell'atto (47), e per iscritto deve essere conferito anche il mandato a votare (48). Una semplice lettera basterà dunque indubbiamente, *purchè sottoscritta dal mandante*, senza di che essa non costituirebbe *scrittura privata*, nel senso della legge (49). Un mandato risultante da telegramma sarà valido, purchè dal telegramma risulti che la sottoscrizione dell'originale fu autenticata da notaio (50).

Il mandato può essere conferito a qualunque persona, anche non perfettamente capace (es.: un minore), purchè non sia colpito da una incapacità naturale ed assoluta, ma abbia consapevolezza dell'atto giuridico che pone in essere. *Ciò è sufficiente perchè il voto dato dal mandatario s'intenda dato dal mandante e sia perfettamente valido:* gli effetti perniciosi della incapacità restano circoscritti nei

---

(46) V. num. 212.

(47) V. in seguito, num. 212.

(48) Cfr. **Tartufari**, *La rappresentanza*, num. 139 e 140; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch*, II, § 23, 6, nota 12; — **Fadda** e **Bensa**, *Note al* **Windscheid**, I, pag. 916.

(49) V. **Coppa-Zuccari**, *I telegrammi in rapporto alle scritture private*, Roma, 1900, num. 10 e seg., e le citazioni quivi fatte della dottrina e della giurisprudenza italiana e francese. Ma lo stesso principio vale per il diritto germanico: v. Cod. civ. germ., §§ 126 e 127; e fra gli autori: **Endemann**, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1900, I, pag. 270, testo e nota 4; — **Düringer** e **Hachenburg**, *Das Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897, auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches erlaütert*, Mannheim, 1900-1901, II, pag. 12 e seg.; — **Cosack**, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., Jena, 1900-1901, I, pag. 187. — Per il diritto prussiano, v. **Förster-Eccius**, *Preussisches Privatrecht*, 7ª ed., Berlin, 1896, I, pag. 193, testo e nota 19. — V. per la necessità del mandato sottoscritto dal mandante nelle deliberazioni del concordato: Cass. Torino, 19 dicembre 1891, *Giur. it.*, 1892, 273.

(50) Art. 47 Cod. comm.; — **Vivante**, *Trattato*, III, num. 1086; e *Dir. comm.*, 1900, 672. — Contr. **Coppa-Zuccari**, *I telegrammi*, num. 119.

rapporti fra mandante e mandatario (51). Può un solo mandatario rappresentare più creditori: egli avrà allora tanti voti quanti sono i mandanti. Nulla vieta che sia scelto come mandatario il curatore: nell'adunanza del concordato fallito e creditori intervenendo personalmente, cessa nel curatore ogni veste di loro rappresentante, ed egli agisce nell'adunanza come un terzo qualunque, a cui la legge fa anzi obbligo di cooperare alla conclusione del concordato (52).

Il mandato deve sussistere al momento in cui il mandatario interveniva all'adunanza (53). Dovendo essere conferito per atto scritto, se ne farà esibizione al giudice delegato, e sarà allegato al verbale dell'adunanza, perchè il tribunale possa procedere alla omologazione.

Il difetto di mandato può essere rilevato all'adunanza dal giudice delegato, dal fallito e da qualunque creditore. Anche se non sia rilevato, può la nullità del concordato che derivi da quel difetto farsi valere posteriormente, nel giudizio di omologazione. Nè la susseguente ratifica del rappresentato basterebbe a sanare la nullità: perchè dalla ratifica non possono essere lesi diritti legittimamente acquisiti dai terzi, e il difetto di mandato avendo avuto già per effetto la *reiezione* del concordato, non possono i creditori non aderenti essere legati al contratto che sarebbe divenuto valido per un fatto posteriore alla riunione (54).

175. Quali creditori hanno diritto di intervenire all'assemblea? Oltre ai creditori chirografari, anche i privilegiati ed ipotecari. È vero che la legge li esclude dal voto, o meglio, non consente che votino e contemporaneamente conservino la garanzia, ma appunto

---

(51) **Tartufari**, *La rappresentanza*, num. 54, e gli autori quivi citati alla nota 4; ai quali *adde* **Sraffa**, *Comm.*, pag. 30.

(52) A. Palermo, 12 gennaio 1891, *Circolo giur.*, 1891, 119; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 857. — A maggior ragione non invalida il mandato un vincolo di parentela che possa legare il mandatario al curatore: A. Torino, 18 luglio 1887, *Foro*, 1887, 1228.

(53) A. Firenze, 30 dicembre 1890, *Ann. della giurispr. it.*, 1891, 61; — A. Roma, 19 aprile 1892, *Temi rom.*, 1892, 77; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 858.

(54) Confronta: **Vivante**, *Trattato*, I, num. 226; — **Tartufari**, *La rappresentanza*, num. 419. — Contro l'ammissibilità della ratifica nelle deliberazioni del concordato si è pronunciata anche la giurisprudenza: v. Cass. Torino, 16 marzo 1887, *Mon. trib.*, 1887, 674; — A. Napoli, 12 marzo 1888, *Mon. trib.*, 1888, 394. — Diversamente A. Milano, 8 febbraio 1886, *Mon. trib.*, 1886, 226.

perchè essi hanno diritto di votare, rinunziando al privilegio o all'ipoteca, hanno interesse a sentire le proposte, ad assistere e prender parte alla discussione, per poter poi decidere, con piena cognizione di causa, se loro convenga aderire o non al concordato. Il diritto loro conceduto di assentire al concordato, rinunciando tacitamente alla garanzia (art. 832_3), non potrebbe essere esercitato se fosse loro vietato di prender parte all'assemblea (55). — Più incerto assai è se abbiano diritto d'intervenire anche i creditori non ancora verificati, nè ammessi, neppur provvisoriamente, al passivo, ma portati in bilancio e perciò invitati (56). La giurisprudenza si è pronunciata per la soluzione più favorevole a questi creditori (57): e malgrado le gravi censure mossele da un insigne autore (58), a noi sembra che abbia esattamente interpretato la legge. Questa, che, nell'art. 831, provvede perchè *tutti* i creditori senza distinzione siano invitati all'adunanza, in nessun luogo vieta l'intervento ai creditori non verificati nè ammessi. Nell'art. 833, che si invoca per escluderli dall'assemblea, la legge si limita a stabilire *di quali creditori è necessario il concorso perchè il concordato sia valido*, e dichiara che è necessario l'assenso della maggioranza dei creditori verificati o ammessi provvisoriamente, i quali rappresentino i tre quarti di tutti i crediti verificati o ammessi. L'unica illazione, che si può legittimamente dedurre da questa disposizione, è che i creditori non verificati nè ammessi non contano per il calcolo della maggioranza delle persone, e che i crediti non verificati nè ammessi non contano per quello della maggioranza di somma. Ma l'art. 833 nè esplicitamente nè implicitamente dice che *i creditori non verificati non possono intervenire all'assemblea nè assentire al concordato*. Lo potranno, ma nè le loro persone nè i loro crediti influiranno per nulla sulla validità del concordato. Ciò significa forse che è inutile la loro presenza? Mai più. Se la loro qualità di creditori non è ancora accertata giudizialmente, il fatto che sono portati in bilancio, e che il giudice delegato li ha convocati, implica pur sempre una presunzione tale a loro favore, che non è possibile ed è anzi ingiusto il volerli considerare come terzi non interessati nel

(55) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 187; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8461.

(56) V. num. 169.

(57) V. A. Milano, 26 marzo 1895, *Foro*, 1895, 1051; — Cass. Torino, 4 febbraio 1896, *Foro*, 1896, 387.

(58) **Vidari**, nella *Legge*, 1895, II, 235.

fallimento. Questo non è il trattamento che la legge fa ai creditori non verificati nè ammessi: anche prima della verificazione, la legge concede loro rilevanti diritti (es: quello di nominare e costituire la delegazione di sorveglianza; di essere consultati per la nomina del curatore; di dare il loro avviso sulla concessione e la proroga della moratoria [art. 681 num. 4; 820, 828 Cod. comm.]) e diritti rilevanti concede anche, dopo la verificazione, ai non verificati, nè ammessi: per esempio, il diritto di impedire la formazione del concordato amichevole, senza il loro concorso (art. 830). Quei creditori adunque, i quali, concluso il concordato, vi saranno obbligati come se lo avessero consentito (art. 840), e che, se saranno verificati dopo l'adunanza, ma prima dell'omologazione, potranno opporsi all'omologazione, *a patto che abbiano dissentito o non siano intervenuti* (art. 836), hanno tutto l'interesse a far valere, nella discussione, le loro ragioni contro il concordato. E se non è gran cosa il diritto di discutere ed esprimere la propria opinione quando non si può influire sulla decisione definitiva, non è questa una buona ragione per negarlo totalmente a chi lo crede utile nel proprio interesse.

176. Non si può concludere concordato se non *col fallito*. Il concorso del fallito nella conclusione del concordato è indispensabile, perchè il concordato obbligatorio è appunto un contratto *tra il fallito e la massa* (59). Possono, come vedremo (60), intervenire nel contratto altre persone, le quali, insieme ed accanto al fallito si obblighino verso i creditori di questo: può il fallito farsi *rappresentare* da altre persone (61). Ma non è concordato il contratto che, un terzo, all'infuori dell'ipotesi della rappresentanza (62), stipuli coi creditori, sia pure nell'interesse del fallito. Un concordato *a favore di terzi,* è una figura sconosciuta al nostro diritto positivo (art. 830, 831, 832 Cod. comm.) (63). Ma la legge va ancora più in là. Essa non

(59) V. num. 83 e 161.
(60) V. num. 179.
(61) V. pag. 387.
(62) Nel qual caso debbono concorrere gli estremi perchè si abbia una valida rappresentanza: v. pag. 387 e seg.
(63) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8463; — **Cavo**, *Concord.*, num. 27; — **Sarwey**, *Konkursordnung,* pag. 775, nota 3; — A. Genova, 5 ottobre 1882, *Eco di giurisprudenza,* 1882, II, 365.

si accontenta che il fallito intervenga *nel contratto;* vuole inoltre che intervenga all'*adunanza nella quale si conclude il contratto.* Ciò risulta testualmente dalla legge, la quale prescrive che il fallito intervenga all'adunanza, di regola personalmente, e per eccezione, a mezzo di mandatario (art. 832_1), e vuole che il concordato sia da lui sottoscritto *nell'adunanza stessa in cui è consentito* (art. 835_1) (64). La legge avendo prescritto che il consenso del fallito debba essere dato in questa forma solenne, non varrebbe ad impedire la nullità per difetto di forma, l'accettazione che si facesse nell'assemblea di una proposta scritta di concordato inviata dal debitore (65).

Il fallito può sempre intervenire personalmente all'assemblea e concludere il contratto senza bisogno di alcuna rappresentanza, assistenza od autorizzazione. La dichiarazione di fallimento non gli toglie — come si ammette oramai universalmente — la *capacità di agire;* gli rende solo impossibile di alienare o vincolare comunque i beni devoluti alla massa. Egli dunque può obbligarsi personalmente,

---

(64) Questa regola dell'art. 835, che soffre eccezione pei creditori, non ne soffre alcuna per il fallito: v. in seguito num. 211 e seg. — Sostanzialmente identiche a quelle degli art. 832 e 835, sono le disposizioni degli art. 505 e 509 *Code de commerce.* — La *Concursordnung* germanica si limita a prescrivere la notificazione al fallito, § 179.

(65) La necessità della presenza del fallito o di un suo rappresentante, si deve desumere — come è detto nel testo — dalle disposizioni degli art. 832 e 835 che prescrivono per il consenso del fallito una forma particolarmente solenne: la sottoscrizione nell'assemblea del concordato. Sarebbe insufficiente di per sè la considerazione della natura contrattuale del concordato (a cui si richiamano **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 574; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8463), la quale non impedirebbe la votazione su proposte fatte precedentemente dal fallito, e senza la presenza di questi *(contratti fra assenti).* — La necessità della presenza del fallito o di un suo rappresentante, è ammessa dalla gran maggioranza degli autori: v. **Guariglia**, *Concord.*, pagg. 187 e 188; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8463; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 852; — **Masè-Dari**, *Comm.*, num. 471; — **Renouard**, *Faill.*, II, num. 400; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 574. — Contr. **Cavo**, *Concord.*, num. 27, e una sentenza della Corte d'Appello di Roma, 11 febbraio 1888, *Cons. comm.*, 1888, 176. — Nel senso del testo è anche la prevalente dottrina tedesca: **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 612, annot. 2; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 420; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 447, nota 2; — **Wach**, *Zwangsvergleich*, pag. 30. — Contr. **Sarwey**, *Konkursordn.*, pag. 783, nota 1; — **Endemann**, *Konkursverf.*, pag. 597. — Per il diritto austriaco nel senso del testo: v. **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 423.

ed obbligare gli altri, ma con questa limitazione: che i suoi atti sono incapaci di pregiudicare la massa, la quale può sempre disconoscerli e considerarli come mai compiuti (66). La piena capacità del fallito a concludere il concordato appare dunque solo dalla circostanza che il contratto è concluso *colla massa*. Quando egli dispone dei suoi beni, *col consenso della massa*, a favore della *massa*, vien meno necessariamente anche quella limitazione stabilita a vantaggio della massa (67).

Di regola, è richiesto l'intervento *personale* del fallito (art. 832_1). La legge ha derogato al principio generale della libera ammessibilità della rappresentanza, perchè ha ritenuto che la presenza del fallito possa agevolare la conclusione del concordato. Tuttavia, eccezionalmente, e per giusti motivi, egli può ottenere dal giudice delegato l'autorizzazione a farsi rappresentare da altri (art. 832_1) (68). I motivi addotti sono apprezzati incensurabilmente dal giudice delegato (art. 910). È stato detto che il fallito, il quale non intervenga personalmente, senza avere ottenuto dal giudice l'autorizzazione predetta, incorre nelle sanzioni dell'art. 857, num. 4. Questo articolo dichiara colpevole di bancarotta semplice il fallito che, senza legittimo impedimento, non si è presentato personalmente al giudice delegato, alla delegazione dei creditori o al curatore, nei casi e nei termini stabiliti (69). Noi crediamo che l'art. 857, num. 4, sia inapplicabile nella nostra ipotesi: quella disposizione mira a impedire che il fallito, rifiutandosi di dare schiarimenti al curatore, al giudice delegato o alla delegazione, intralci la procedura del fallimento, e renda difficile l'opera degli organi che vi sono preposti. Tanto vero, che la seconda parte dell'art. 857_4 pareggia

---

(66) V. **Bolaffio**, *Comm.*, num. 55; — **Bonelli**, *Comm.*, num. 230; — **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 7531; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 1778; — **Boistel**, *Cours*, num. 910; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 208; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 299; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 172.

(67) Cfr. **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2069.

(68) Identico è il sistema del *Code de commerce* (art. 505). — Secondo l'ordinanza germanica, § 179, la rappresentanza del fallito è ammessa senza limitazione: v. *Motive*, II, pag. 412, e **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 612, annot. 2; **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 420, nota 2.

(69) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 852; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2069, nota 1 (in base all'art. 586_5 *Code de commerce*, sostanzialmente uguale al nostro art. 857_4).

al rifiuto di presentazione, il fatto di aver dato *false indicazioni*. Ciò non avviene nell'adunanza del concordato, in cui nè vi è ordine di presentarsi davanti ad alcuno, ma invito a partecipare ad una adunanza, nè si forniscono informazioni, ma si addiviene alla stipulazione di un contratto, alla quale il fallito non può essere obbligato.

L'intervento personale del fallito non è richiesto a pena di nullità. Anche quando, senza autorizzazione speciale del giudice delegato, egli non si presenti personalmente all'adunanza per il concordato, ma si faccia rappresentare da un mandatario, non per questo dovrà dirsi nulla l'adunanza e nullo il concordato in essa concluso. Il giudice delegato, che presiede l'assemblea, avrà bensì il diritto di rinviare la seduta quando invece del fallito sia comparso, senza sua autorizzazione, un semplice rappresentante. Ma se egli non rileva l'irregolarità, e fa continuare la seduta, s'intende con ciò solo conceduta tacitamente l'autorizzazione e non potrà parlarsi di nullità (70).

Anche il rappresentante del fallito deve essere munito di mandato *speciale e scritto* (71). Un mandato conferito anteriormente al fallimento, purchè comprenda la facoltà di stipulare il concordato (la comprenderebbe, ad es., se autorizzasse a stare in giudizio e a transigere) (72), sarebbe sufficiente a rendere legale la rappresentanza del fallito, perchè il fallimento del mandante estingue bensì il mandato, ma solo in quanto il fallito perde, colla dichiarazione del fallimento, la disponibilità del suo patrimonio, ed il mandato viene quindi a mancare del suo oggetto. Ma per quei diritti, che il fallimento non toglie al mandante, il mandato non può finire colla dichiarazione di fallimento. Ora è noto che la sentenza dichiarativa di fallimento priva bensì il fallito dell'amministrazione dei suoi beni (art. 699) e con ciò gli toglie la possibilità di fare atti di disposizione *sui suoi beni* (cfr. art. 707), ma non lo priva della capacità di contrattare, purchè le sue obbligazioni non pregiudichino la massa. Ciò significa che egli resta pienamente capace di stipu-

---

(70) Conformi al testo: A. Brescia, 19 dicembre 1893, *Dir. comm.*, 1894, 64; — A. Genova, 11 settembre 1900, *Dir. comm.*, 1900, 911.

(71) V. num. 173.

(72) Non sarebbe sufficiente invece un mandato institorio; perchè questo autorizza a stare in giudizio solo per ciò che concerne il *commercio a cui si è preposti* (art. 375).

lare il concordato, che è appunto un contratto *colla massa* e quindi non pregiudicievole alla massa. Or se questo diritto, insieme ad altri (v. art. 699), resta al fallito dopo la dichiarazione di fallimento, si deve concludere che questa, anche riguardo alla facoltà di stipulare il concordato, non estingue il mandato conferito anteriormente alla dichiarazione (73).

177. Se il fallito è morto, interverranno gli eredi; se è incapace, coloro che ne hanno la rappresentanza legale (74). Se il fallito è una società commerciale, interverranno gli amministratori o liquidatori (art. 849) (75). Ma occorrerà, perchè questi ultimi possano validamente proporre e concludere il concordato, che siano stati specialmente autorizzati dai soci. L'autorizzazione è necessaria per gli amministratori di società in nome collettivo ed in accomandita semplice, perchè la rappresentanza degli amministratori, per quanto ampia, non comprende che gli atti necessari ed appartenenti all'esercizio del commercio sociale (76). Fra questi non è certo la stipulazione di un concordato coi creditori, in cui si decide dell'esistenza stessa della società, si dispone di tutta l'azienda sociale (77). L'autorizzazione è necessaria a più forte ragione per gli amministra-

---

(73) V. sull'estinzione del mandato per fallimento del mandante: **Bolaffio**, *Foro*, 1884, 1023; — **Vivante**, *Trattato*, I, num. 223, nota 18. — La dottrina propugnata nel testo è quella che la giurisprudenza propende ad accogliere: A. Brescia, 19 dicembre 1893, *Dir. comm.*, 1894, 64; — A. Genova, 11 settembre 1900, *Dir. comm.*, 1900, 911.

(74) **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 604, annot. 19; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 412.

(75) **Jäger**, *Konkursordn.*, pag. 604; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 456. — Anche pei rappresentanti delle società vale la regola della comparsa personale, salvo autorizzazione del giudice delegato. — Contr., ma a torto, A. Milano, 29 dicembre 1885, *Foro*, 1886, 356.

(76) **Vivante**, *Tratt.*, I, num. 320 e 337; — **Vidari**, *Corso*, I, 5ª ed., Milano, 1900, num. 1047; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 408; — Cod. comm. germ., §§ 116 e 164; — **Staub**, *Komm.*, 6ª e 7ª ed., Berlin, 1900-1901, I, pag. 369, annot. 2; — **Cosack**, *Lehrb. des Handelsrechts*, 5ª ed., Stuttgart, 1900, pagg. 544 e 545.

(77) Noi crediamo col **Vivante**, *Trattato*, II, num. 640; col **Bolaffio**, *Temi ven.*, 1895, 302; collo **Sraffa**, *Il fallim.*, pag. 104 e seg., e colla dottrina francese: v. **Pic**, *La faillite des sociétés commerciales*, pag. 72 e seg., che il fallimento non sciolga *ipso jure* la società ma dia solo il diritto ai soci di domandare lo scioglimento, e che perciò col concordato si possa, stipulandosi la continuazione dell'impresa, implicitamente rinunziare a questo diritto.

tori di società in accomandita per azioni ed anonime, i cui poteri sono assai più ristretti, e a cui certo non si potrebbe dar facoltà di decidere lo scioglimento immediato della società, o la sua continuazione, o la continuazione semplicemente temporanea, fino alla esecuzione del concordato. Deliberazioni tutte implicite nella stipulazione del concordato di una società fallita (78). Quel che si dice degli *amministratori*, vale pei *liquidatori*, nel caso che la società sia fallita, mentre era in liquidazione (art. 207). I liquidatori non possono che terminare le operazioni in corso (art. 201) mentre nel concordato si può convenire la continuazione dell'impresa (art. 853): i liquidatori debbono condurre essi a termine la liquidazione (79), mentre nel concordato può essere necessario stipulare la cessione dell'azienda.

178. Il curatore deve intervenire all'assemblea, non come contraente, ma per agevolare la conclusione del concordato e per illuminare l'assemblea dei creditori sulle condizioni del fallimento. A questo scopo la legge prescrive che il curatore presenti all'adunanza una relazione scritta intorno allo stato del fallimento, all'adempimento delle formalità, alle operazioni che hanno avuto luogo, e specialmente intorno ai mezzi impiegati per promuovere la conclusione del concordato, agli ostacoli incontrati ed ai provvedimenti che reputa necessari per facilitarla. La relazione, sottoscritta dal curatore, deve essere presentata al giudice delegato (art. 832_2) (80).

La mancata presentazione della relazione indurrebbe la nullità

---

(78) L'intervento o la deliberazione dei soci, è richiesto dalla dottrina più numerosa ed autorevole: v. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 314; — **Sraffa**, *Il fallim.*, pag. 354 e seg.; — **Pic**, *La faill.*, pag. 172 e seg.; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2205. — In Germania il § 211 della K. O., esige esplicitamente l'assenso di tutti i soci responsabili senza limitazione. — Contr. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 1031; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 463. — Si comprende come sia necessaria una deliberazione dei soci perchè una *società fallita* possa concludere un concordato, e basti invece l'intervento degli amministratori, perchè una *società creditrice* acconsenta al concordato di un suo debitore. Quando la società aderisce ad un concordato altrui, dispone del credito soltanto; quando conclude essa un concordato, dispone di tutta l'azienda e di tutto il suo avvenire.

(79) **Vivante**, *Tratt.*, II, 713, ed autori quivi citati.

(80) Una disposizione analoga nel *Code de commerce*, art. 506, e nella legge belga, art. 511.

dell'adunanza (81). Non basterebbe che il curatore si limitasse a riferirsi alla relazione già presentata a norma dell'art. 756, o ad altra sua relazione precedente sulle condizioni del fallimento. Il voto della legge non sarebbe raggiunto, perchè la relazione che l'art. 832_2 richiede è ben diversa da quella che l'art. 756 prescrive al curatore di fare entro quindici giorni dall'assunto ufficio, e da quelle altre relazioni che questi possa spontaneamente presentare nel corso della procedura di fallimento. La relazione prescritta dall'art. 832 ha per iscopo, non solo di far conoscere ai creditori lo stato del fallimento, ma di metterli a giorno dei tentativi fatti per la conclusione del concordato, delle difficoltà incontrate, della convenienza di un concordato in rapporto alle condizioni del fallimento e dei patti che sarebbe opportuno stipulare. L'esposizione dello stato del fallimento deve insomma essere messa in relazione colla conclusione del concordato: per il che non è sufficiente una qualunque relazione, ma occorre una relazione apposita (82), per quanto breve e succinta (83).

Sarà nulla l'adunanza tenuta senza l'intervento del curatore? Crediamo di no, se la relazione scritta fu presentata ugualmente. La legge non prescrive l'intervento del curatore a pena di nullità, nè la nullità risulta indirettamente dalla funzione che egli compie nell'assemblea: funzione meramente complementare, giacchè in essa egli non rappresenta nè il fallito, nè la massa, direttamente intervenuti, ma si limita a dare informazioni e ad esprimere il suo parere (84). L'assenza del curatore però sarà causa sufficiente perchè il giudice delegato, d'ufficio, o su richiesta degli interessati, rinvii ad altro giorno l'adunanza del concordato.

179. Oltre ai creditori, al fallito ed al curatore, altre persone

---

(81) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 188; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 860; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8464; — A. Bologna, 22 dicembre 1885, *Giurispr. it.*, 1886, 155.

(82) Contr. A. Roma, 11 febbraio 1888, *Cons. comm.*, 1888, 176; — **Cuzzeri**, num. 860.

(83) A. Roma, 19 aprile 1892, *Temi rom.*, 1892, 277. — S'intende che non è necessario siano fatte tante relazioni quante sono le adunanze che si debbono tenere per la conclusione del concordato, ma basta una soltanto: A. Roma, 20 ottobre 1894, *Temi rom.*, 1894, 425.

(84) In questo senso la dottrina prevalente in Germania: v. **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 612, annot. 3; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 421.

possono intervenire all'adunanza; coloro che *garantiscono* il concordato, o che se ne *accollano* l'esecuzione (85). Essi possono intervenire personalmente o a mezzo di rappresentante: e nulla vieta che li rappresenti lo stesso fallito (86).

§ 2. — La proposta e l'accettazione.

N° 1. — *Contenuto della proposta e del concordato.*

Sommario: 180. Formulazione della proposta e accettazione. — 181. Contenuto della proposta. — 182. Limiti alla volontà dei contraenti. - Assunzione di obblighi personali. — 183. Condizioni disuguali. — 184. Rimessione totale. — 185. Cessione dell'attivo. — 186. Trasformazione dei crediti in quote sociali. — 187. *Contenuto dei concordati sociali.* — 188. Le rimessioni nei concordati sociali. — 189. Le dilazioni e la continuazione dell'impresa. — 190. La cessione dell'attivo nei concordati sociali. — 191. Concordati delle società che hanno emesso *obbligazioni.* — 192. Convenzioni dei concordati individuali e sociali concernenti la procedura di fallimento.

180. Come l'istanza per la convocazione dell'assemblea può essere presentata tanto dal fallito quanto dai creditori, così la proposta di concordato, nell'assemblea riunita, può partire tanto dal fallito quanto dalla massa creditoria. Le due parti contraenti sono poste sopra un piede di perfetta uguaglianza dalla legge, che non considera il contratto come un beneficio concesso al fallito, ma come una soluzione vantaggiosa ugualmente per il debitore e per la massa. Nulla vieterebbe adunque che la proposta di concordato fosse formulata e votata dai creditori riuniti in assemblea, e poscia sottoposta all'accettazione del fallito. S'intende però come ciò non accada mai e come ad una formale votazione sul concordato, da parte dei creditori, non si venga che per accettare o respingere delle proposte, che il fallito ha già antecedentemente formulate o fatte sue.

La conclusione del concordato avviene perciò, normalmente, mediante *proposta* del fallito e *accettazione* della assemblea dei creditori. Di solito le proposte sono formulate dal fallito nella istanza di

---

(85) **Löhr**, *Ueber die recht. Nat.*, pag. 73; — **Jäger**, *Konkursordn.*, pag. 612, annot. 3; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 421.

(86) **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 421.

convocazione, e su di essa l'assemblea dei creditori non fa altro che pronunciarsi, accettandole o respingendole. Ma può darsi benissimo, che nell'istanza di convocazione il fallito non faccia proposte concrete, o che l'istanza sia stata presentata dal curatore o dai creditori, o che le proposte fatte dal fallito sollevino, all'adunanza, obbiezioni e provochino difficoltà od osservazioni. In tutti questi casi nasce una discussione tra debitore, creditori e curatore, il risultato della quale è la formulazione da parte del fallito di una proposta che, appunto perchè concordata nell'adunanza, si presume debba raccogliere l'adesione della maggioranza voluta dalla legge (1).

181. Il contenuto delle proposte che possono essere validamente fatte ed accettate, e quindi del contratto che ne risulta, non si può determinare *a priori* con una formula comprensiva. Qualunque modificazione alle antiche obbligazioni che faccia cessare lo stato di fallimento può formare oggetto del concordato. La pratica commerciale, pressata dalla necessità, moltiplica gli espedienti, e trova una combinazione adatta per ogni singola situazione. Tuttavia, il contenuto dell'accordo, analizzato nei suoi elementi, si risolve necessariamente: o in una *dilazione:* — o in una *riduzione dei crediti:* — o in una *dazione in pagamento.* Questi elementi possono trovarsi o disgiunti, o in varia guisa combinati insieme; o isolati, o accompagnati da stipulazioni accessorie. Ma qualunque, anche complicata e sottile combinazione, si riduce, in ultima analisi, a questi elementi fondamentali.

Un concordato contenente una semplice dilazione (concordato *dilatorio* o *moratorio*) (2) è un vero concordato. Lo si è negato affermando la necessità che nel nostro contratto sia sempre rimessa una parte dei debiti, " imperocchè, come una rimessione dei debiti

---

(1) Nulla vieta che la discussione si prolunghi per parecchie sedute. La legge vuole bensì (art. 835_1) che il concordato sia sottoscritto nella stessa adunanza in cui è consentito, ma non dice che deve essere consentito nella prima adunanza. Ogni dubbio deve dunque venir meno di fronte alla regola dell'art. 909: v. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 883; — **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 29; — A. Ancona, 13 settembre 1875, *Annali*, 1876, 101; — A. Milano, 2 dicembre 1879, *Annali*, 1880, 41.

(2) Franc. *Concordat d'atermoiment;* — ted. *Stundungsvertrag.*

che non avesse per effetto di impedire la dichiarazione di fallimento, o di farne cessare le conseguenze, potrebbe essere qualunque altra cosa, fuorchè un concordato: così senza rimessione di una parte di tali debiti non ci potrebbe mai essere concordato, perchè questo mancherebbe del precipuo suo scopo „ (3). Ma se ciò è vero, non è possibile sfuggire ad una di queste due difficoltà. O si afferma che il concordato deve contenere *sole rimessioni*, deve cioè risolversi necessariamente in un pagamento *parziale*, ma *immediato*, e si contradice all'art. 943_3, il quale invece *espressamente* fa l'ipotesi che siano stabiliti dei *termini* per il pagamento delle quote promesse nel concordato. O si afferma che il concordato *può* contenere anche dilazioni, ma deve, in ogni caso, portare *riduzioni* ai crediti, e allora si giunge all'assurdo di riconoscere la qualità di concordato, e quindi l'attitudine a far cessare la procedura di fallimento, ad un accordo che assicuri tra un anno il 50 % ai creditori, e di negarlo invece all'accordo, che, pure tra un anno, assicuri loro il 100 %! (4).

Un concordato contenente semplici dilazioni (concordato *moratorio*) non cessa perciò di essere concordato per divenire *moratoria*. Tra *concordato moratorio* e *moratoria* resta sempre questa rilevantissima differenza: che il concordato moratorio è un *contratto tra fallito e creditori*, per cui si mette fine alla procedura di fallimento: mentre la moratoria è una dilazione *concessa dal magistrato*, solo quando concorrono certe condizioni, per un termine non maggiore di un anno, e per cui non si fa cessare, ma si *sospende* il fallimento dichiarato o virtuale (art. 819, 826, 827, 828) (5).

Nel concordato semplicemente *remissorio* (6) non si ha che una riduzione dell'ammontare dei crediti. Della natura e dei caratteri di questa specie tutta particolare di rimessione, che si differenzia

---

(3) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8428.

(4) Nel senso del testo tutta la dottrina italiana e straniera: v. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 11; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 462; — **Jäger**, *Konkursordn.*, pag. 606, annot. 3; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 413.

(5) **Guariglia**, *Concord.*, pagg. 10 e 11. — Contr. **Vidari**, *Corso*, il quale (num. 8427) non fa differenza tra *moratoria* e *concordato moratorio*, affermando che " ove al fallito si accordasse soltanto una proroga a pagare e non anche la rimessione di una parte dei suoi debiti, piuttosto che concordato vi sarebbe moratoria oppure un concordato moratorio „.

(6) Franc. *Concordat de remise;* — ted. *Nachlassvertrag.*

profondamente dalla rimessione ordinaria, dicemmo nella Parte generale della presente trattazione: nè qui vi insistiamo (7).

Infine i creditori possono consentire ad una *dazione in pagamento*, cioè a ricevere un'altra cosa, invece di quello che è oggetto della prestazione: nel nostro caso, una cosa mobile o immobile invece di danaro (8). Anche qui vi è *modificazione* delle antiche obbligazioni: anche qui vi è *rinunzia* da parte dei creditori al diritto di ottenere la prestazione pattuita: e concorrono perciò tutti gli elementi del concordato.

Questi tre elementi fondamentali: dilazione, rimessione, *datio in solutum*, o isolati, o combinati insieme, o accompagnati da altre stipulazioni, si trovano *necessariamente* in ogni concordato.

Non si avrebbe *concordato*, ma *pagamento*, quando i creditori ricevessero *immediatamente e integralmente la cosa oggetto della prestazione.*

182. La volontà delle parti, sovrana nel determinare il contenuto e le condizioni dell'accordo, nel concordato amichevole (9), dove il contratto non lega se non coloro che lo hanno consentito, trova invece qualche limitazione nel concordato obbligatorio, il quale spiega i suoi effetti anche di fronte ai creditori non assenzienti. Queste limitazioni, in sostanza, si riducono alle seguenti:

a) Il concordato non può importare assunzione personale di obblighi da parte dei creditori. La comunione creata dal fallimento e alle deliberazioni del cui organo (la maggioranza) tutti i partecipanti sono obbligati, non ha per oggetto che i crediti, esistenti al momento della dichiarazione del fallimento, e per iscopo, il soddisfacimento di questi crediti. La maggioranza, organo della comunione, esorbiterebbe dalla sua competenza, se assumesse obbligazioni per conto dei partecipanti. E perciò nel concordato non si potrebbe convenire l'esercizio della impresa da parte dei creditori associati (10): non si potrebbe convenire la trasformazione dei crediti in quote di soci a responsabilità illimitata, ecc.

---

(7) V. num. 87.
(8) **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 462; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 413.
(9) V. num. 102.
(10) **Wilmowski**, *Konkursordn.*, pag. 442.

183. *b) Il concordato non può fare condizioni disuguali ai varî creditori.* Le quote di partecipazione di ciascun creditore nei crediti comuni sono fissate colla verifica e non possono essere diminuite per deliberazione della collettività. Questa può bensì, disporre di *tutti i crediti in blocco*, e ridurli in parte, per assicurare meglio il soddisfacimento del resto, ma non può variare le quote dei singoli partecipanti nella massa comune. — *La maggioranza deliberante nell'assemblea dispone della massa dei crediti, non dei crediti presi singolarmente.* E perciò l'uguaglianza più rigorosa deve essere osservata: uguaglianza *materiale* e *formale*. Non soltanto nessuno può essere favorito in confronto degli altri; ma i patti stipulati, i quali concernono, non i singoli crediti ma la massa comune, debbono necessariamente essere uguali per tutti (11).

Questo principio, che l'ordinanza germanica sancisce esplicitamente (12), è una conseguenza della natura stessa dell'istituto del fallimento e del concordato obbligatorio. Ciò che la giurisprudenza ha riconosciuto decidendo che sono nulli i particolari vantaggi concessi ai creditori concordatari, anche all'infuori della ipotesi dell'art. 866 (13).

Dal principio dell'uguaglianza di trattamento nel concordato derivano le seguenti conseguenze:

α) L'uguaglianza deve essere mantenuta non solo nel contenuto sostanziale del concordato, ma anche nei patti accessorî. Non si potranno stipulare, ad es.: con un creditore garanzie particolari o garanzie diverse da quelle stipulate cogli altri (14).

β) Particolari vantaggi nelle condizioni del concordato non possono concedersi ai creditori concordatarî neanche in correspettivo di servizî da essi resi e di prestazioni da essi fatte per facilitare il concordato (se per es.: un creditore anticipò al fallito

---

(11) E quindi, benchè il 65 % da pagarsi in tre anni possa considerarsi corrispondente al 50 % da pagarsi subito, un concordato che promettesse il 50 % immediato ad alcuni creditori, ed il 65 % in tre anni ad altri, non potrebbe essere omologato. V. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 190.

(12) § 182: " Il concordato deve attribuire uguali diritti a tutti i creditori non aventi ragioni di preferenza ".

(13) V. la giurispr. citata alla nota 2ª a pag. 286.

(14) A. Venezia, 19 giugno 1897, *Temi veneta*, 1897, 584; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 190; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 484; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 421; — **Jäger**, *Konkursordn.*, pag. 614, annot. 1.

il danaro necessario per il pagamento della percentuale) (15). Questi servizi potranno essere ricompensati come le somme mutuate dovranno essere integralmente restituite (trattandosi di obbligazioni assunte dopo la dichiarazione di fallimento, non fanno parte della massa, non sono garantite dai beni della massa, e non sono soggette al concordato) ma *dopo la chiusura del fallimento.* Non possono quei servizi essere pagati indirettamente *durante il fallimento* e sui *beni della massa,* sotto forma di vantaggi attribuiti al credito compreso nel concordato.

γ) Il divieto del trattamento disuguale nel concordato non sempre si identifica con quello del traffico del voto, stabilito e sanzionato dagli art. 866 e 867. La disuguaglianza di condizioni nel concordato è vietata, perchè lede l'uguaglianza dei diritti dei creditori sui beni sottoposti alla massa, uguaglianza che non è in potere dell'assemblea di alterare. La vendita del voto è invece vietata e repressa penalmente, perchè turba la sincerità delle deliberazioni dell'assemblea, e impedisce che la volontà collettiva sia l'espressione degli interessi collettivi. Vi è disuguaglianza ogni volta che, *nelle condizioni del concordato,* è fatto ad uno dei creditori concordatari un trattamento più favorevole, qualunque sia lo scopo per cui tale trattamento è fatto. Vi è vendita di voto quando al creditore che vota nell'assemblea del concordato sono concessi, o nel concordato, o fuori dal concordato, particolari vantaggi in corrispettivo del suo voto. Quindi, nè ogni disuguaglianza nel concordato importa vendita di voto, nè ogni vendita di voto importa disuguaglianza nel concordato (16). La disuguaglianza nel concordato, che è effetto del turpe traffico del voto, oltre al produrre la nullità del concordato, cade sotto le sanzioni degli art. 866, 867. Ma la disuguaglianza, anche senza traffico, basta di per sè sola a render nullo il concordato e ad impedirne l'omologazione (17).

---

(15) A. Venezia, 27 dicembre 1895, *Temi veneta,* 1896, 102.

(16) Vi ha vendita di voto, senza disuguaglianza nelle condizioni del concordato quando i vantaggi per ottenere l'assenso al concordato sono promessi da un terzo. — E per ciò giustamente la giurisprudenza dichiara colpito dalle sanzioni degli art. 866 e 867 il traffico del voto fatto da un terzo: v. A. Brescia, 25 luglio 1894, *Foro,* 1894, 1108; — Cass. Napoli, 9 agosto 1898, *Rep., Foro,* 1898, voce *Fallimento,* num. 239; — A. Ancona, 26 ottobre 1898, *Diritto comm.,* 1899, 67; — Cass. Napoli, 12 novembre 1898, *Giur. it.,* 1899, 40.

(17) V. Cass. Torino, 13 giugno 1887, *Giur. it.,* 1887, 391; — Cass. Torino,

Dal fatto che la vendita del voto non è indissolubilmente legata alla disuguaglianza del concordato, deriva una importante conseguenza, circa gli *effetti* dell'una e dell'altra. Il traffico del voto è represso dalle sanzioni degli art. 866 e 867 e quindi, oltre a dar luogo all'esercizio di un'azione penale, produce la *nullità ' erga omnes '*, ed *anche di fronte al fallito, della convenzione particolare, in cui la vendita fu stipulata* (art. 867_3). La disuguaglianza nelle condizioni del concordato produce invece la *nullità del concordato* e ne impedisce l'omologazione (18): ma la nullità non può esser fatta valere che dai creditori assenti o dissenzienti nel giudizio di omologazione (art. 836). Di qui la conseguenza: la nullità del traffico del voto non può colpire che il contratto di vendita del voto: non colpisce il concordato, in cui votò il creditore corrotto (19). Questo resta perfettamente valido, a meno che il voto del creditore corrotto non abbia alterato la maggioranza o l'abbia indotta a stipulare nel concordato condizioni disuguali. In questo caso, non per la vendita del voto, ma per la mancanza della maggioranza legale, o per la disuguaglianza di condizioni stipulate, il concordato è nullo e deve negarsene l'omologazione. Ma la nullità del concordato, nel giudizio di omologazione, non può mai farsi valere che dai creditori dissenzienti e non intervenuti, non dal fallito e neppure dai creditori assenzienti (art. 836).

b) Benchè si risolvano anch'essi in un trattamento disuguale pei creditori concordatari, non è in base al divieto di trattamento disuguale nel concordato che debbono dirsi nulli gli accordi segreti fatti dal fallito con qualche singolo creditore, allo scopo di avvantaggiarlo a danno della massa. Questi accordi, nei quali il fallito avvantaggia il creditore *fuori del concordato*, si distinguono dalle *stipulazioni concordatarie disuguali*, perchè i creditori, lungi dall'averli accettati nell'assemblea, *li ignorano completamente* e perchè, apparentemente almeno, il trattamento uguale nel concordato è conservato. Si distinguono dalla vendita del voto,

---

15 febbraio 1887, *La Giurisprudenza* di Torino, 1887, 135; — Cass. Napoli, 9 gennaio 1890, *Annali della giurisprudenza italiana*, 1890, 204. — Contr. Trib. Pisa, 22 marzo 1896, *Dir. comm.*, 1896, 410.

(18) Dopo l'omologazione non può farsi valere, perchè le cause di nullità del concordato omologato sono stabilite tassativamente dall'art. 842 Cod. comm.

(19) **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 486; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2074.

perchè sono concessi *dal fallito*, mentre il traffico del voto può essere fatto anche da un terzo: — e non hanno per corrispettivo l'adesione del creditore al concordato, mentre la promessa del voto è necessaria per aversi il traffico illecito (20). La nullità di questi accordi ha un fondamento ed una portata diversi dalla nullità del concordato portante condizioni disuguali. La nullità si ha, *in quanto* si tratta di atti compiuti *dopo la dichiarazione del fallito a danno della massa*. A stregua solo dell' art. 707, dovrebbero dirsi nulli rispetto alla massa: ma l'art. 867_3 aggrava questa nullità, rendendola assoluta, esperibile anche dal fallito, in quanto questi atti assumono il carattere dell'altro reato represso dall'art. 866: conseguimento di vantaggi a carico dell'attivo del fallimento. S'intende anche qui che la *nullità dell'accordo concedente i vantaggi* non importa nullità del *concordato regolarmente stipulato* (21).

ϵ) Non ogni vantaggio conseguito dai creditori importa una disuguaglianza nel concordato. Non soltanto vi sono vantaggi che costituiscono traffico di voti o illecito arricchimento a danno della massa, senza costituire disuguaglianza nel concordato, ma vi sono vantaggi che non costituiscono nessuna di queste tre cose. Perchè il vantaggio di un creditore costituisca disuguaglianza nel concordato, è necessario che derivi dalle condizioni fattegli dalla maggioranza chirografaria nel concordato stesso. Ma quando i vantaggi siano conseguiti fuori del concordato, senza traffico di voto e senza arricchimento a danno della massa, non si può parlare di disuguaglianza nel concordato, e, la condizione di coloro che furono favoriti, è perfettamente legale e sicura. Da ciò deriva che non è vietato al debitore, *dopo omologato il concordato, quando la massa è sciolta*, di promettere a qualcuno dei suoi creditori il pagamento integrale. Egli non fa così che trasformare la sua obbligazione naturale in civile: ciò che gli è perfettamente lecito, essendosi, coll'omologazione del concordato, sciolta la comunione, ed essendo quindi ces-

---

(20) Quindi sono nulli i vantaggi, anche quando siano concessi a chi ha votato contro il concordato o non ha votato: Cass. Torino, 15 febbraio 1887, *La Giurispr.*, 1887, 135; — Cass. Palermo, 18 agosto 1900, *Dir. comm.*, 1901, 124; — *Reichsgericht*, 7 novembre 1891, *Entsch.*, XXVIII, 100; — 25 marzo 1897, *Entsch.*, XXXIX, 22.

(21) **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 486; — **Jäger**, *Konkursordn.*, pag. 615, annot. 7; — e la giurispr. tedesca: *Reichsgericht*, 14 aprile 1893; — *Juristische Wochenschrift*, 1893, 269.

sata ogni necessità del mantenimento dell'uguaglianza (22). Da ciò deriva anche che, se un terzo si renda cessionario di crediti facenti parte della massa, per divenire creditore del fallito e votare nel concordato, i vantaggi che da questa cessione possano derivare agli ex-creditori debbono considerarsi come legittimi, perchè nè costituiscono traffico di voto, quelli che si sono avvantaggiati non avendo votato e quelli che hanno votato non essendosi avvantaggiati; nè arricchimento a danno della massa, perchè i cessionari non si arricchirono, e i cedenti si arricchirono, ma a danno solo dei cessionari; nè, infine, costituiscono alterazione dell'uguaglianza, perchè l'uguaglianza nel concordato non fu turbata (23).

Se esorbita dai poteri della maggioranza, organo della collettività, di mutare la condizione dei singoli rispetto ai beni sottoposti alla massa, stipulando a favore di qualcuno particolari vantaggi, non è dubbio che ciò possa fare la volontà di *tutti i singoli partecipanti*. L'Ordinanza germanica lo stabilisce espressamente permettendo una disuguale assegnazione di diritti, *quando i creditori posposti vi acconsentano espressamente* (§ 181). E poichè posposti sono tutti i creditori non fruenti del vantaggio, torna lo stesso il dire che *vantaggi particolari non possono essere conceduti se non col consenso di tutti i creditori*. Ma se qualche creditore fosse ignoto al momento dell'omologazione e comparisse solo dopo omologato il concordato? La posizione può divenire imbarazzante. Dopo l'omologazione non sono ammesse cause di nullità, salvo quelle espressamente indicate dalla legge (art. 842). Bisogna dunque o ritenere non concessi i soli vantaggi: o estendere i vantaggi anche ai creditori ignoti. La dottrina tedesca si attiene a questa seconda soluzione (24), sulla quale però facciamo le nostre riserve. Coll'estendere i vantaggi ai creditori ignoti e poi comparsi non si ristabilisce l'egua-

---

(22) A. Torino, 28 dicembre 1883, *La Giurispr.*, 1884, 174; — Cass. Roma, 13 febbraio 1885, *Legge*, 1885, I, 723; — A. Firenze, 22 gennaio 1886, *Annali della giurispr. italiana*, 1886, 102; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 422, nota 4, *in fine*.

(23) Conformi al testo: A. Genova, 28 aprile 1894, *Temi genovese*, 1894, 364; — A. Torino, 10 giugno 1899, *Foro*, 1899, 1409; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 191; — **Thaller**, *Des faill. en droit comparé*, II, pag. 270; — e la giurispr. francese: Trib. comm. Marsiglia, 14 novembre 1892, *Journ. des faill.*, 1893, 500.

(24) **Jäger**, *Konkursordn.*, pag. 614, annot. 3; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 422.

glianza, ma la si turba di nuovo per un'altra ragione. I creditori non avvantaggiati, che assentirono ai vantaggi concessi ad alcuni determinati creditori, non intesero affatto di permettere la concessione di quei vantaggi anche ai creditori ignoti: estendendo a questi i vantaggi stipulati, se si rispetta il diritto dei creditori ignoti, si viola quello dei creditori noti e non avvantaggiati. Noi preferiremmo ritenere, colla comparsa dei nuovi creditori, mancata la condizione del consenso unanime e quindi inefficaci i vantaggi rispetto a tutti.

184. *c)* Ultima limitazione nel concordato obbligatorio è che in esso *non si può mai stipulare la rimessione totale dei debiti del fallito.* Lo scopo della comunione ed il còmpito dei suoi organi è il *miglior soddisfacimento dei crediti comuni.* Non può essere perciò nelle funzioni della maggioranza *il rinunziare totalmente al soddisfacimento dei crediti* (25).

185. Tolte queste tre limitazioni, nessun'altra ne soffre la volontà dei contraenti, nel determinare il contenuto del concordato di maggioranza. — Si è solo negata la possibilità pei creditori di accettare dal fallito una *cessione di tutto il suo attivo.* Contro questa specie di concordato si è detto in Italia che essa si risolve in una vera e propria cessione giudiziaria dei beni del fallito, mentre la *cessio bonorum,* tanto volontaria che giudiziaria, è sconosciuta dal diritto moderno italiano (26). — Ma la stipulazione della cessione dell'attivo nel concordato non ha nulla di comune colla *cessio bonorum*

(25) Anche nel concordato amichevole non si può rimettere totalmente il debito, perchè scopo del concordato è il *soddisfacimento mediante la rinunzia parziale,* non già la *rinunzia totale* (v. num. 84). Ma, mentre un preteso concordato amichevole portante una rimessione totale, se non è concordato, può valere come rimessione o donazione; un concordato di maggioranza, in cui si rinunziasse a tutti i crediti, sarebbe nullo come concordato e inesistente come rimessione o donazione: poichè il potere di rimettere tutto il credito non risiede che nei singoli creditori, una liberazione totale del passivo non può venire dal concordato assentito dalla maggioranza nell'assemblea, ma dalla volontà di tutti i singoli creditori: v. A. Paris, 14 luglio 1869, *Dalloz,* 1870, 2, 7; — **Guariglia,** *Concord.,* pagg. 15 e 16.

(26) **Vidari,** *Corso,* IX, num. 8848; — **Ruta,** nel *Foro,* 1893, 398; — **Cuzzeri,** *Comm.,* num. 907; — Trib. Roma, 27 febbraio 1893, *Foro,* 1893, 398; — A. Roma, 29 maggio 1893, *Foro,* 1893, 1257.

ignota al diritto moderno italiano. — La *cessio bonorum* del diritto romano era un mezzo offerto al debitore per sfuggire all'*addictio;* quella delle legislazioni preesistenti in Italia e del *Code civil*, un mezzo per sottrarsi all'arresto personale. Il concetto dell'istituto era quello di un abbandono dei beni da parte del debitore all'azione dei creditori, per salvare la persona (27). La particolarità caratteristica di questo abbandono, quella che lo rendeva adatto al suo scopo, consisteva nella possibilità per il debitore, di liberarsi dalla esecuzione personale anche senza o contro la volontà dei creditori, mediante un atto unilaterale. L'effetto della *cessio* era quello di rendere l'esecuzione unicamente *patrimoniale;* e perciò la cessione non liberava il debitore, il quale restava pertanto obbligato per la parte dei suoi debiti, che il valore dei beni ceduti e quindi venduti non riesciva a coprire. Niente di tutto ciò, salvo in parte il nome, nella *cessione dell'attivo* nel concordato. — Questa *cessione dell'attivo* non è che una *datio in solutum* accompagnata da rimessione per la parte non coperta del valore dei beni; essa *trasferisce ai creditori la proprietà dei beni*, che sono dati in *pagamento* dei crediti, libera il debitore, e deve avvenire *mediante contratto.* — Del resto dall'avere la legge abolito questa facoltà del debitore di liberarsi dall'esecuzione personale mediante volontaria consegna dei suoi beni (facoltà che oggi non ha più ragion di essere, semplicemente perchè non esiste più l'esecuzione personale), è enorme indurre che oggi sia considerata contraria all'ordine pubblico e vietata, anche quando le parti l'abbiano voluta, qualunque *cessione di beni*, sia pure diversa nel carattere, negli effetti e nello scopo (28).

Meno inconsistenti sono le obbiezioni che qualche autore tedesco muove alla *cessione dell'attivo*, dal punto di vista della necessità del trattamento uguale nel concordato. Perchè l'uguaglianza deve essere mantenuta non solo di fronte ai creditori conosciuti, ma anche di fronte ai non conosciuti, la cessione della proprietà dei

---

(27) V. **Maynz**, *Cours de droit romain*, Bruxelles, 1877, II, pag. 601; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 6 e seg.; — **Seuffert**, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts*, Nördlingen, 1888, pag. 47 e seg.; — **Wlassak**, nelle *Pauly's Real-enciclopädie*, 2ª ed., voce *Cessio bonorum*; — **Renouard**, *Faill.*, ed. belge par **Beving**, pag. 20; — **Giorgi**, *Obbl.*, VII, num. 5; — **Zachariä-Crome**, *Handb. d. franz. Civilrechts*, II, § 291, pag. 294 e seg.

(28) Contro l'assimilazione della *cessione dell'attivo* nel concordato alla *cessio bonorum*, v. anche **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2155, nota 1.

beni fatta ai soli creditori conosciuti, costituisce *a priori* una esclusione dei creditori non conosciuti. Questi adunque — se ne conclude — quando compaiono restano del tutto insoddisfatti, giacchè il debitore si è liberato completamente mediante la cessione (29). Ma questa difficoltà è superabile. La proprietà dei beni costituenti l'attivo è ceduta, non ai singoli creditori partecipanti al concorso, ma *in comune* a tutti i creditori chirografari, presenti ed assenti, noti ed ignoti. — Se, venuti alla divisione della cosa comune, i creditori hanno tralasciato di soddisfare qualche avente diritto ai beni ceduti, dovranno essi, quando il creditore dimenticato si presenterà a reclamare la sua quota, rimborsarlo della parte che gli sarebbe spettata nella divisione. E così l'uguaglianza sarà salva (30).

Una sola limitazione, inerente del resto alla sua stessa natura, deve porsi alla ammissibilità di un concordato per *cessione dell'attivo*. La cessione dell'*attivo* presuppone che un attivo ci sia: mancando l'attivo, il concordato si risolverebbe in una *rimessione totale*, e sarebbe nullo, secondo quanto abbiamo stabilito più sopra (31).

I beni ceduti diventando proprietà *comune* dei creditori, spetta a questi stabilire se restare nella comunione o procedere alla divisione. È da ricordarsi qui, che non si può, senza il consenso di tutti i creditori, stabilire la continuazione dell'industria o del commercio del fallito per conto dei creditori; ciò neppure quando l'azienda del fallito sia diventata proprietà dei creditori (32). La divisione potrà farsi o *in natura*, o (quel che avverrà quasi sempre) dopo *liquidazione* e conversione in danaro dei beni ceduti. Si ha qui una liquidazione che non ha niente da vedere colla liquidazione

---

(29) **Jäger**, *Konkursordn.*, pag. 606, nota 3; — **Fitting**, *Das Reichskonkursrecht*, Berlin, 1883, § 45, nota 8; — **Endemann**, *Das deutsche Konkursverfahren*, Leipzig, 1889, pag. 584.

(30) Per la validità di questa stipulazione: v. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 12 e seg.; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 470 e seg.; — **Wilmowski**, *Konkursordn.*, pag. 443; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pagg. 413 e 414. — Anche la giurispr. prevalente non ha mai dubitato della ammissibilità di un concordato per cessione dell'attivo, che essa chiama concordato *per aversione:* v. A. Genova, 19 dicembre 1896, *Foro*, 1897, 615; — Cass. Torino, 20 gennaio 1898, *Foro*, 1898, 150; — A. Genova, 26 luglio 1898, *Temi genovese*, 1898, 340; — Cass. Roma, 30 giugno 1898, *Temi romana*, 1898, 340; — Cass. Roma, 14 novembre 1898, *Foro*, 1899, 67.

(31) V. num. 184.

(32) V. num. 182.

di fallimento, perchè è fatta per *conto esclusivo* dei creditori, senza intervento del debitore. Mentre la liquidazione dell'attivo del fallito, nella procedura di fallimento, è una forma più rapida di *espropriazione forzata* per il soddisfacimento dei creditori, questa liquidazione dei beni, *divenuti proprietà dei creditori*, non ha per iscopo il soddisfacimento, ma la *divisione* della cosa comune (33).

Questa forma di concordato ha in Francia un nome ed una regolamentazione apposita: è il così detto *concordat par abandon d'actif*, riconosciuto e regolato dalla legge 17 luglio 1856 (34). Ma fra il *concordat par abandon* e il nostro concordato portante *cessione dell'attivo* resta questa differenza: che la *cessione dell'attivo* è in Italia (come nel Belgio ed in Germania) *una delle stipulazioni* che le parti possono convenire nel concordato: mentre in Francia è una *specie particolare* di concordato. Nel *concordat par abandon*, le legge interviene per regolare la liquidazione e la divisione dei beni divenuti proprietà comune dei creditori, stabilendo che tale liquidazione e divisione debbano avvenire nelle forme del regime di *unione*. Questo sistema, a cui non furono risparmiate censure dagli autori francesi (35), giunge allo strano risultato di far continuare la *procedura di fallimento tra i soli creditori*, dopo terminata quella *contro il debitore*.

186. La possibilità che nel concordato di maggioranza si stipuli la *cessione dell'attivo*, ci induce ad affermare anche la possibilità che si convenga la *trasformazione dei crediti in quote sociali*. Questa combinazione può riuscire utilissima ai creditori, in tutti quei casi, in cui si tratta di una impresa fallita perchè gravata da un passivo troppo forte, ma destinata, quando potesse risollevarsi, ad uno splendido e sicuro avvenire. L'esperienza ci mostra ogni giorno che imprese le quali riuscirono disastrose quando i profitti dovevano rimunerare il capitale d'impianto, divennero prospere e rimunerative, dopo liberatesi del passivo (36). Ecco adunque che i

(33) V. **Köhler**, *Lehrb.*, pag. 471.

(34) **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2151 e seg.; — **Boistel**, *Cours*, num. 1063 e seg.; — **Bédarride**, *Faill.*, II, num. 849 *quater*.

(35) V. **Thaller**, *Des faill. en droit comparé*, II, pag. 293 e seg.

(36) V. **Pantaleoni**, *La caduta della Società generale di credito mobiliare italiano*, *Giornale degli Economisti*, 1895, XI, pag. 444.

creditori potrebbero non soltanto salvare i loro capitali, ma forse anche investirli utilmente, divenendo soci dell'impresa. Un concordato che conduca alla costituzione di una società tra fallito e creditori, o faccia accedere i creditori alla società fallita, può essere, non di rado, una soluzione felice pei creditori, per il fallito e per l'economia pubblica. Un concordato di tal genere ci sembra ammissibilissimo. Non si tratta, in ultima analisi, che di far divenire i creditori *comproprietari* dell'impresa, ossia di cedere loro *parte dell'impresa costituente l'attivo del debitore* (37). Anche qui però si debbono rispettare i limiti che la natura obbligatoria del concordato impone ai contraenti, e perciò:

a) si potrà stipulare la trasformazione dei crediti in quote di soci a responsabilità *limitata* (s'intende, completamente *liberate*), non mai in quote di soci a responsabilità *illimitata*, giacchè nel concordato non si possono costringere i non assenzienti ad assumere obbligazioni personali;

b) si potrà stipulare la trasformazione, quando l'azienda, sgravata del passivo, è in grado di riprendere proficuamente le sue operazioni, non quando l'impresa non possa, per mancanza di attivo, riprendere l'esercizio con speranza di successo. Accettare in cambio di un credito una quota di partecipazione in un'impresa irrimediabilmente fallita, significa rinunziare al credito. E ciò non può fare una deliberazione di maggioranza.

187. Qualche ulteriore spiegazione richiede, quanto al contenuto possibile dei patti convenuti, il concordato delle *società commerciali*. Le norme direttive sono anche qui le stesse; ma l'importanza delle imprese esercitate dalle società, specie dalle grandi società anonime, alcune particolarità nei caratteri delle imprese sociali, e certe speciali combinazioni escogitate negli accordi diretti a por fine ai fallimenti delle società, rendono necessario studiare in qual modo quelle regole generali trovino applicazione in questa materia particolarmente difficile e delicata.

Anche le stipulazioni dei concordati sociali si possono ricondurre tutte ad uno dei tre tipi fondamentali: *rimessione — dilazione — datio in solutum*.

---

(37) Contr. **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2098.

188. *a)* Mentre quasi tutti i concordati sociali contengono *riduzione dei crediti*, ben pochi, al contrario di quanto avviene nei concordati individuali, contengono *sole riduzioni*. Nei concordati individuali i creditori preferiscono ottener *subito* il dividendo migliore che il fallito può loro offrire, piuttosto che contare sopra un avvenire incerto, concedendo dilazioni molto lunghe, per conseguire una percentuale più forte o la totalità del credito. Una impresa individuale fallita non ha molte probabilità di risollevarsi; il suo avvenire è troppo legato alla persona dell' imprenditore, che il fatto ha dimostrato o poco esperto o poco intelligente o poco onesto. Di più il tempo potrà mancare per la riuscita dell'impresa; la morte può colpire il commerciante, troncando le speranze concepite. Diversa è invece la condizione nel caso di una società fallita, specialmente di una società anonima. Qui l'impresa non è legata alle persone. Se gli amministratori mancano delle qualità necessarie per la buona riuscita degli affari sociali, possono essere surrogati dall'assemblea dei soci, primi interessati al risollevamento dell'impresa. La società ha il tempo davanti a sè: il fallimento, in genere, sopravviene piuttosto sul principio che sulla fine del tempo fissato per la durata della società; in ogni caso si potrà prolungare questa durata, e la società, malgrado il mutamento dei soci e degli amministratori, resterà sempre la stessa. Se l'impresa ha dell'avvenire (e ciò accadrà spesso perchè per lo più il fallimento è causato dalle eccessive spese d'impianto che assorbono per troppo tempo i proventi) i creditori ne possono approfittare. Aggiungiamo che sarebbe ingiusto se non ne approfittassero. Fu osservato giustamente, che, nella maggior parte dei casi, rimessioni eguali solleveranno una società più di quanto avrebbero sollevato un commerciante singolo. Il commerciante, infatti, non è debitore che a breve scadenza: la rimessione non porta quindi gran risparmio di interessi. La società (specie quando si tratta di una grande società industriale) invece, il cui passivo spesso è quasi totalmente composto di *obbligazioni*, è debitrice a lunghissima scadenza; essa risentirà dunque per molto tempo il vantaggio risultante dalla diminuzione degli interessi di un capitale, di cui può continuare a godere per un tempo considerevole (38). I creditori dunque,

---

(38) **Juglar**, *De la situation des obligataires au cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société*, Paris, 1894, pag. 52, nota 1.

che hanno consentito ad una semplice rimessione, la quale, per le circostanze in cui il concordato si forma, riduce necessariamente i loro crediti ad una percentuale minima, debbono assistere al risollevamento, e fors'anche alla prosperità dell'impresa, resa possibile dal loro sacrifizio, e che profitta ora unicamente agli azionisti (39).

189. *b)* I creditori dunque preferiranno rinunciare al pagamento *immediato* e concedere delle lunghissime *dilazioni* che loro permettano di approfittare dei benefici futuri dell'impresa. In questo caso, la misura dell'interesse, e, qualche volta, anche il dividendo del capitale, non si fissa in una cifra determinata, ma si fa dipendere dall'esito degli affari sociali e dai fondi disponibili (40). Un controllo concesso ai creditori sull'amministrazione sociale permette a questi di assicurarsi dell'esatta esecuzione della convenzione (41).

Tutto ciò presuppone la *continuazione dell'impresa sociale da parte della società*. Ma, poichè, per l'art. 189_4 Cod. comm., il fallimento produce lo scioglimento della società, *ancorchè seguìto da concordato*, può nascere dubbio, se sia ammissibile una forma di concordato, la quale, facendo calcolo sugli utili futuri che la società potrà ritrarre dall'esercizio dell'impresa, implica necessariamente la *continuazione dell'impresa per parte della società*. Gli autori, i quali ritengono che, dichiarato il fallimento, la società sia sciolta *ipso iure*, vale a dire che ogni società *fallita* sia una società *disciolta*, affermano che, a stregua dell'art. 189_4, nel concordato non si potrebbe stipulare, nè direttamente nè indirettamente, la continuazione della impresa sociale: il concordato non importerebbe che la sostituzione di una liquidazione convenzionale alla liquidazione di fallimento (42). Questa conclusione rimane però, secondo questi autori, parzialmente modificata per l'art. 853 Cod. comm., il quale permette il concordato avente per oggetto la continuazione o la cessione dell'impresa

---

(39) **Juglar**, *De la situation*, pag. 50 e seg.

(40) V. **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2206; — **Sraffa**, *Il fallimento*, pag. 342 e seg.; — e i concordati sociali riferiti da **Juglar**, *De la situation des obligataires*, pag. 53 e seg.

(41) **Juglar**, *De la situation*, pag. 80 e seg.; — **Thaller**, *Traité élém.*, numero 2206, *in fine*.

(42) **Bonelli**, *Sul fallimento delle società commerciali*. Estr. dalla *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, Roma, 1897, pagg. 21 e 38; — **Marghieri**, nel *Diritto comm.*, 1898, 855 e seg.; — **Vidari**, *Corso* IX, num. 8703.

nelle società anonime che non siano in istato di liquidazione. In virtù di questo articolo si può evitare la cessazione dell'impresa, e, conseguentemente, la liquidazione dell'attivo sociale, purchè la società non si trovasse già in liquidazione al momento della dichiarazione di fallimento. Si potrebbe adunque, eccezionalmente, convenire nel concordato la *continuazione dell'impresa*, e ciò in due modi: o mediante *cessione* dell'impresa: o mediante *diretta continuazione* da parte della società concordataria. " Ma „ — ci si affretta a soggiungere — " con ciò non è detto che anche la società *continui:* la società, che era sciolta, si *ricostituisce* col consenso dei creditori, e nei modi e colle condizioni determinate nel concordato stesso, il quale funge quasi da atto costitutivo „ (43). Per questi autori, dunque, può continuare l'*impresa:* ma non può mai continuare la *società* dopo la dichiarazione di fallimento e mediante il concordato.

Noi crediamo, che, mediante il concordato, si possa convenire addirittura la *continuazione della società.* Non solo: *ma che continuazione dell'impresa sociale, è sinonimo di continuazione della società.* Noi non vediamo anzitutto nell'articolo 189_4 quell'ostacolo, che i nostri contradittori vi riscontrano alla possibilità di un concordato, in cui si stipuli la *continuazione della società.* Essi partono dal presupposto che per l'art. 189_4 la società *fallita* è, necessariamente, una società *disciolta* e dall'altro presupposto che una società *disciolta* non può più rivivere, e deve perciò, per continuare l'esercizio dell'impresa, *ricostituirsi* " *ex novo* „. Noi neghiamo l'una e l'altra premessa. Crediamo, infatti, colla dottrina prevalente in Italia e in Francia (44), che le cause di scioglimento enumerate nell'art. 190, non sciolgono *ipso iure* la società, ma *danno semplicemente diritto ai soci di chiederne lo scioglimento.* Ma, dato pure, e non concesso, che il fallimento sciolga *ipso iure* la società, da ciò non deriverebbe ancora che non fosse ammissibile un concordato, nel quale ai creditori si assegnasse un dividendo da prelevarsi sui proventi dell'industria sociale esercitata dalla società. Non è vero infatti che dopo

---

(43) **Bonelli**, *Appunti*, pag. 21. — Nello stesso senso: **Marghieri**, *Dir. comm.*, 1898, 865 e seg.

(44) **Vivante**, *Trattato*, II, num. 640; — **Bolaffio**, *Temi veneta*, 1895, 302; — **Sraffa**, *Il fallimento*, pag. 104 e seg.; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 434; — **Pic**, *De la faillite des sociétés*, pag. 73.

il fallimento la società non possa risorgere e riprendere la sua industria. Ciò è possibilissimo per noi, che ammettiamo, colla giurisprudenza e la dottrina prevalenti, che una società disciolta, possa, per volere dei soci, risorgere a nuova vita (45). Dovrebbero soltanto i soci prima deliberare unanimi la continuazione della società e poi stipulare il concordato.

Da qualunque lato si guardi adunque la cosa, resta dunque stabilito *che è possibile, nel sistema del diritto vigente, un concordato, nel quale si stipuli il pagamento dei creditori sugli utili che la società si ripromette dalla continuazione della sua industria.* E finchè il concordato non è completamente eseguito, la società deve continuare a vivere e ad esercitare la sua industria, nè i soci possono mutare in alcun modo questa condizione di cose, che è garanzia del soddisfacimento dei creditori. Solo dopo questo soddisfacimento, se essi non hanno deliberato *formalmente* di continuare la società, possono valersi del diritto sancito dall'art. 189_4 di chiederne lo scioglimento (46).

Ancora due osservazioni. L'art. 853 stabilisce che " *nel fallimento di una società anonima che non si trovi in istato di liquidazione,* il concordato può aver per oggetto la continuazione dell'impresa sociale, ed in tal caso deve determinare le condizioni dell'esercizio ulteriore ". Ciò significa forse che la continuazione dell'impresa da parte della società non è permessa dalla legge se non nel fallimento di una *società anonima*, e che, per conseguenza, nel fallimento di una società in nome collettivo ed in accomandita un concordato di tal genere non possa stipularsi? Leggere nell'art. 853 questa restrizione mi sembra sia un dedurre troppo. Perchè l'argomentazione *a contrario* fosse legittima, bisognerebbe che l'art. 853 non facesse altro che permettere il concordato avente per oggetto la continuazione dell'impresa alle società anonime. Se l'affermativa contenuta nell'art. 853 fosse solo questa, la negativa sarebbe il divieto di

---

(45) V. **Vivante**, *Trattato*, II, num. 644; — **Nani**, *Foro*, 1891, 328; — **Rocco**, *Sulla liquidazione delle società commerciali*. Estr. dalla *Rivista it. per le scienze giuridiche*, Torino, 1900, pag. 6 e seg.; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, II, num. 304; — **Boistel**, num. 374; — **Behrend**, *Lehrb. des Handelsrechts*, Berlin, 1896, pag. 549; — **Staub**, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6ª e 7ª ed., Berlin, 1899-901, I, pag. 426, annot. 2 — e la giurispr. citata da questi autori.

(46) **Sraffa**, *Il fallim.*, pag. 341; — **Vivante**, *Trattato*, II, num. 640.

un simile concordato per le società in nome collettivo ed in accomandita. Ma l'art. 853 non dice solo che il concordato avente per oggetto la continuazione dell'impresa è possibile alle società anonime: vuole, perchè quel concordato sia possibile alla società anonima, che essa *non si trovi in istato di liquidazione* — vuole che nel concordato delle società anonime *siano determinate le condizioni dell'esercizio ulteriore.* Non si può dunque staccare la frase: " nel fallimento di una società anonima " per dedurne che la disposizione dell'art. 853 si limita alle sole anonime. La legge ha detto: che quel concordato è possibile " nella società anonima che non si trovi in istato di liquidazione "; il che significa soltanto che dalla disposizione dell'art. 853 sono escluse " le società anonime in liquidazione ": non anche, le società in nome collettivo ed in accomandita. La legge ha aggiunto che " in tal caso " quando cioè il concordato è possibile, vale a dire, nel *fallimento delle società anonime non in liquidazione*, il concordato stesso deve determinare le condizioni dell'esercizio ulteriore. Anche qui l'opposto logico dell'affermativa della legge, non è che le società in nome collettivo ed in accomandita siano escluse da quel concordato: ma che nel concordato di queste società " non è necessario che si determinino le condizioni dell'esercizio ulteriore ".

La legge non permette il concordato avente per oggetto la continuazione dell'impresa che alle società anonime *non in istato di liquidazione.* Ciò si comprende, perchè ad una società già sciolta ed in liquidazione al momento del fallimento, non può convenire la *continuazione dell'impresa sociale,* essendole interdetto di far nuove operazioni. — Sarà però possibile ai soci di *revocare lo scioglimento della società,* s'intende, non in sede di concordato, ma *prima* con deliberazione unanime (mentre nel concordato basta la semplice maggioranza anche durante la liquidazione: art. 157 e 198), e *poi* concludere il concordato pattuendo la continuazione dell'impresa? Si è negato la possibilità di una revoca dello scioglimento già avvenuto, appunto in base all'art. 853, sostenendo che il divieto del concordato portante continuazione dell'impresa per le società in liquidazione, dipende da ciò che una società già sciolta e in liquidazione non può più rivivere (47). Ma l'art. 853 è evidentemente

(47) **Sraffa,** *La liquidazione delle società commerciali,* 2ª ed., Firenze, 1899, pag. 65; e *Il fallimento,* pag. 351.

estraneo alla questione della possibilità della continuazione di una società già disciolta (48): se il divieto del concordato pattuente la continuazione dell'impresa fosse dovuto alla possibilità di revocare lo scioglimento di una società in liquidazione, perchè il divieto colpirebbe solo le società *anonime* in liquidazione? Come e perchè le collettive e le accomandite disciolte potrebbero pattuire invece la continuazione dell'impresa?

Tuttavia, noi crediamo che, malgrado la revoca dello scioglimento che potessero deliberare unanimemente i soci, un concordato avente per oggetto la continuazione dell'impresa non sia possibile nelle società anonime disciolte ed in liquidazione *al momento della dichiarazione di fallimento.* Il divieto dell'art. 853 non ha che vedere colla possibilità della revoca dello scioglimento. Scopo della legge è stato soltanto di non permettere che i creditori vengano troppo facilmente accontentati colla promessa di pagamenti da farsi mediante gli utili futuri della impresa, quando per essere già stata posta in liquidazione, l'azienda sociale sia oramai già irreparabilmente compromessa. La ripresa dell'esercizio industriale da parte di una società in liquidazione, che ha già ristretto la sua attività alla semplice definizione degli affari in corso, e sulla quale per di più è passata la bufera del fallimento, offre ben poche speranze di un brillante avvenire. La clientela, colla messa in liquidazione, si è forzatamente perduta: l'organizzazione industriale della società si è distrutta: il posto insomma nella vita degli affari, che il fallimento può non far perdere, quando i creditori abbiano autorizzato la continuazione dell'esercizio, è sicuramente perduto colla messa in liquidazione della società: quel valore considerevole che dà ad ogni azienda l'*avviamento*, manca, si può dire, all'azienda di una società in liquidazione. Ecco le ragioni della sfiducia della legge per la continuazione dell'impresa, quando la società è in liquidazione. E si comprende perchè da questa sfiducia derivi un divieto del concordato avente per effetto la continuazione dell'impresa, solo riguardo alle società anonime in liquidazione, e non anche riguardo alle società collettive e le accomandite in liquidazione. La condizione dei creditori di queste ultime è ben diversa. Nel fallimento delle collettive e delle accomandite, accanto al fallimento della

---

(48) V. **Rocco**, *Sulla liquidazione delle società commerciali.* Estr. dalla *Riv. it. per le scienze giuridiche*, Torino, 1900, pag. 14.

società, c'è il fallimento dei soci illimitatamente responsabili. La legge quindi si è preoccupata meno di tutelare gli interessi del ceto creditorio, quando il fallimento e la responsabilità illimitata dei soci in nome collettivo ed accomandatari costituisce pei creditori un'arma assai efficace che permette loro di non sottostare alle condizioni di un concordato di problematica convenienza.

190. *c)* Infine, il concordato sociale può contenere anche una *datio in solutum* parziale o totale, pura e semplice o accompagnata da rimessione. Valgono qui le stesse norme del concordato individuale, anche per ciò che concerne la possibilità di trasformare i crediti in quote sociali (49). La quale trasformazione, però, implicando continuazione dell'impresa da parte della società, è soggetta alle limitazioni dell'art. 853 e non è possibile nel concordato delle società anonime in liquidazione.

Di un caso particolare di *datio in solutum* si occupa lo stesso art. 853, per il quale *nel fallimento di una società anonima che non si trovi in istato di liquidazione, il concordato può aver per oggetto... la cessione dell'impresa sociale, ed in tal caso deve determinare le condizioni dell'esercizio ulteriore.* L'ipotesi fatta dalla legge è che insieme alla *cessione dell'attivo della società fallita ai creditori*, si ceda anche il diritto di continuare l'industria già esercitata dalla società. La cessione dell'attivo che vedemmo possibile anche nei concordati individuali (50), può assumere un valore ed una importanza tutta particolare nei concordati delle società anonime. Nella grande industria, che di solito è, nell'economia odierna, esercitata soltanto da società anonime, l'*avviamento* ha un carattere *impersonale* che resiste alle crisi personali dell'imprenditore. Mentre nelle imprese individuali, o a base prevalentemente individuale, l'avviamento dell'azienda è dato più che altro dalla rettitudine, dalla puntualità, dall'abilità dell'imprenditore, nelle imprese esercitate dalle grandi società anonime, a formare l'avviamento concorre un altro elemento di rilevante importanza: *i grandi capitali consumati nell'impresa, i quali, benchè perduti, cioè non trasformatisi in altri beni facenti parte dell'attivo della società, pure rappresentano un sagrifizio già fatto, e quindi risparmiato per l'avvenire.*

---

(49) V. num. 185 e 186.
(50) V. num. 185.

Ora, mentre nelle imprese individuali, il fallimento dell'imprenditore, toglie all'azienda tutto il valore che poteva derivarle dall'avviamento prima della crisi, il fallimento della società anonima non toglie alla azienda il valore che le deriva dai grandi capitali consumati (51). Questo elemento *obbiettivo* delle imprese esercitate da società anonima, fa sì che la *cessione dell'attivo* di una società anonima possa divenire pei creditori un molto migliore affare che la cessione dell'attivo di un commerciante singolo o di una società di persone. Quel valore proveniente dai capitali spesi, che sopravvive al fallimento, può render proficua la *continuazione dell'industria della società fallita.* Può perciò convenire ai creditori, che ottengono una *datio in solutum* di tutto l'attivo della società, di cercare il modo di conseguire maggiori vantaggi mediante l'*esercizio dell'industria* della società fallita. Non è quindi che nei soli concordati delle società anonime si possa convenire una *datio in solutum* di tutto l'attivo, ma è nei soli concordati delle anonime, di cui l'azienda, non come complesso di beni, *ma come organismo commerciale o industriale,* ha conservato il suo valore, che oltre alla cessione dei beni costituenti l'attivo, la *cessione dell'esercizio dell'impresa* ha un valore ed un significato. Ciò s'intende, *purchè la società non sia già in liquidazione:* giacchè in questo caso, veramente il valore dell'azienda sarebbe nullo: e la legge non vuole che i creditori siano accontentati facilmente col miraggio dell'esercizio di un'industria, in cui tutto è da rifare da capo.

La cessione dell'attivo dunque, nelle società anonime, può comprendere, quando l'esercizio dell'impresa possa essere ancora proficuo, anche la cessione di questo esercizio. La cessione, s'intende, non può esser fatta che *ai creditori.* La cessione ad *un terzo* è possibile, ma non ha niente che vedere col concordato, risolvendosi in una *vendita,* che deve esser fatta dal curatore, come la vendita di tutte le attività patrimoniali del fallito (art. 793 e seg.) (52). I creditori, a cui è stato ceduto l'esercizio dell'impresa, possono: o esercitare l'impresa essi stessi, costituendosi in società, o cedere ad un terzo alla

---

(51) Queste osservazioni si trovano sostanzialmente in **Sraffa,** *Il fallimento,* pag. 347.

(52) **Sraffa,** *Il fallimento,* pag. 349 e seg. — Contr. **Bonelli,** *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, pag. 129; — *Appunti sul fallimento delle società commerciali,* pag. 21, nota 3.

loro volta l'azienda sociale, coll'onere del pagamento del passivo sugli utili futuri.

Un'ultima difficoltà solleva la condizione a cui l'art. 853, almeno nel suo letterale tenore, subordina la cessione dell'impresa sociale: che *siano determinate le condizioni dell'esercizio ulteriore*. Si dice che se ciò si comprende nel caso in cui l'esercizio debba essere continuato dalla società concordataria, perchè l'esecuzione del concordato sia più efficacemente garantita, quella disposizione non ha ragion d'essere nel caso della *cessione dell'impresa*, perchè non è possibile che la società cedente limiti l'azione dei cessionari, creditori o terzi. Se ne conclude che si tratta di un *lapsus calami* nella redazione dell'art. 853, nel quale pertanto deve farsi, per bene intenderlo, una trasposizione, ponendo la parola *continuazione* al posto della parola *cessione*. Allora la necessità di determinare le condizioni dell'esercizio ulteriore è limitata al caso della *continuazione* dell'impresa, ed ogni difficoltà viene eliminata (53). Noi non possiamo acconciarci ad una così grave alterazione del testo legislativo. L'art. 853 è chiaro: " il concordato può aver per oggetto la continuazione o *la cessione dell'impresa sociale*, ED IN TAL CASO deve determinare le condizioni dell'esercizio ulteriore ". Ora, ci domandiamo noi, questa disposizione è veramente un assurdo logico e pratico? Ne è, veramente, impossibile l'applicazione? Non ci pare. La cessione dell'impresa, nel concordato, non è fatta a questo o a quel creditore separatamente, ma a *tutti* i creditori congiuntamente, assenti e presenti, dissenzienti e assenzienti. Ora non solo è possibile, ma è opportuno che le sorti dell'impresa, di cui viene ceduto loro l'esercizio, e sui proventi futuri della quale dovranno essere soddisfatti i loro crediti, siano decise nell'adunanza stessa del concordato, quando ancora la comunione creditoria è organizzata, quando sono possibili deliberazioni di maggioranza, quando la tutela degli interessi collettivi e di quelli dei dissenzienti ed assenti, è affidata al magistrato che la esercita nel giudizio di omologazione. Giusto è dunque che anche in questo caso si determinino le condizioni dell'esercizio ulteriore. Certo, nel caso della *cessione dell'impresa* questa determinazione avrà un valore

(53) A. Milano, 29 dicembre 1885, *Foro*, 1886, 356; — **Sraffa**, *Il fallimento*, pag. 352; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8703; — **Scipio**, nel *Monitore dei tribunali*, 1886, 30; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 1034.

ed un significato diversi che nel caso della continuazione diretta da parte della società concordataria. Invece di costituire un controllo del ceto creditorio sull'azienda della società fallita, di determinare come avverrà la ripartizione degli utili, quali operazioni saranno permesse e quali vietate, ecc., si dovrà invece stabilire, se l'esercizio dell'impresa sarà assunto direttamente dai creditori, o ceduto ad un terzo: nel caso di esercizio diretto, quali saranno le norme dell'esercizio assunto, e come deve essere organizzata la società che necessariamente sorge fra i creditori. Nel caso di cessione ad un terzo, si determinerà chi debba essere il cessionario, a quali condizioni si farà la cessione, quali obblighi dovrà assumere il cessionario per il pagamento dei crediti, ecc. L'opinione, che qui si combatte, parte dal presupposto erroneo che la determinazione delle condizioni dell'esercizio ulteriore nel caso di cessione debba farsi allo stesso modo che nel caso di continuazione. Questo no. Ma ciò non importa, che, adattata alla diversa condizione di cose, e senza ledere il diritto di disposizione del cessionario, quella determinazione possa e debba farsi.

191. Alla stregua dei principî svolti intorno al contenuto possibile dei concordati individuali e sociali, conviene ora studiare la legittimità di alcune stipulazioni che la pratica ha introdotto nei concordati delle grandi società anonime, che hanno emesso *obbligazioni*. In questi concordati spesso si lascia intatto il valore di rimborso e l'interesse delle obbligazioni, ma si subordina il pagamento di questo interesse e l'ammortizzamento del capitale alla esistenza di fondi disponibili (54). Forti dubbi si sono sollevati sulla validità di questa stipulazione che condiziona addirittura il credito all'esistenza dei beneficî. Si è perciò tentato di giustificarla, affermando che, in questa combinazione, i creditori divengono *azionisti* della società. La loro condizione si pareggia, secondo questa dottrina, a quella di portatori di azioni *privilegiate:* come i portatori di azioni privilegiate, questi obbligazionisti non hanno diritto che ad un interesse prelevato sugli utili e vi hanno diritto prima degli azionisti ordinari: al pari di essi, allo scioglimento della società, hanno diritto di prelevare la loro quota dall'attivo sociale,

---

(54) V. i concordati citati da **Juglar**, *De la situation des obligataires*, pag. 53. — Cfr. anche **Sraffa**, *Il fallim.*, pag. 342, e **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2206.

prima degli azionisti ordinari: al pari di essi, non hanno diritto a nulla, finchè esistono creditori ordinari non pagati (55). Ma pareggiare la condizione di questi obbligazionisti a quella dei portatori di azioni privilegiate non è possibile. Come fu giustamente osservato, la rendita di queste obbligazioni è stabilita anticipatamente in una somma fissa sul valore dell'obbligazione, e non già in un tanto per cento sugli utili realizzati: questa rendita è dovuta invariabilmente ogni anno in una somma fissa, e quindi ciò che non è stato pagato un anno resta dovuto negli anni seguenti, e deve essere pagato sugli utili, finchè questi lo permettono, e sull'attivo sociale, in caso di scioglimento, prima di ogni ripartizione agli azionisti ordinari; infine questi pretesi azionisti non hanno alcuna parte diretta nell'amministrazione della società, nè godono di tutti i diritti di soci (56). — Si è tentata un'altra costruzione sulla condizione giuridica di questi obbligazionisti, dicendoli *associati in partecipazione* colla società. Si vuol vedere in questa convenzione un accordo tra le parti, non operativo in confronto dei terzi (art. 235 Cod. comm.), per il quale gli obbligazionisti sarebbero ammessi a partecipare agli utili ed alle perdite della società (art. 233), limitatamente quelli ad una determinata percentuale sul capitale conferito, queste al valore dello stesso capitale (57). Ma qui ci si imbatte nella difficoltà che non si tratta di una *partecipazione agli utili*, bensì di un *pagamento sugli utili*. Se si trattasse di partecipazione, il preteso associato potrebbe aver diritto ad una quota-parte degli utili, non alla *totalità* degli utili. Se si trattasse di partecipazione, la parte del preteso associato si dovrebbe *commisurare agli utili realizzati*, non già consistere in una rendita *fissa, pagabile sugli utili realizzati*, ma cumulantesi per tutto il tempo in cui utili non vi furono o furono insufficienti. Se si trattasse di partecipazione, il termine del contratto dovrebbe essere stabilito e il preteso associato avrebbe diritto alla restituzione delle cose conferite solo al termine del contratto: mentre qui sugli utili non solo si devono pagare gli interessi, ma si deve anche restituire il capitale. — Quindi non si può parlare nè di trasformazione delle obbligazioni in azioni, nè di trasformazione in quote di partecipazione. Le obbligazioni, nel pen-

---

(55) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, II, num. 563 *bis*.
(56) **Juglar**, *De la situation*, pag. 55.
(57) **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2206.

siero dei contraenti, sono rimaste obbligazioni (58): ma il *diritto di esigere* degli obbligazionisti è stato subordinato all'esistenza degli utili. Non si tratta dunque, *nel caso di mancanza di utili,* di una *rimessione totale* del credito, che non può stipularsi in un concordato di maggioranza? (59). Riconosciamo fondato e legittimo il dubbio, ma propendiamo a creder valida quella stipulazione (60). Dal fatto che il pagamento dell'intiero credito sia *eventuale*, non si può indurre che il concordato contenga una *rinunzia totale* al credito, quando esso assicura ai creditori dei diritti *attuali* e *incondizionati.* Il concordato non stabilisce mica che la società pagherà solo se vi saranno utili futuri, ma la obbliga *a devolvere tutti gli utili al pagamento degli obbligazionisti;* la obbliga ad impiegare i suoi fondi in un modo determinato; la obbliga di subire la sorveglianza e il controllo degli obbligazionisti nella trattazione degli affari sociali. Il che significa che la società è obbligata ad esercitare l'industria sociale non per sè, ma pei suoi creditori: il diritto *attuale*, *incondizionato* che gli obbligazionisti acquistano è quello *di far esercitare per conto loro dalla società l'industria sociale, fino a totale soddisfacimento dei loro crediti, capitale e interessi.*

Per sfuggire alla nullità temuta di questo patto, nei concordati di cui parliamo, si suol concedere ai creditori un diritto di opzione fra il pagamento totale sugli utili futuri, nei limiti dei fondi disponibili, e il pagamento *certo* di una somma fissa, corrispondente ad un dividendo assai basso (61). Ma può sorgere allora il dubbio, che così sia turbata l'eguaglianza, facendosi una differenza di condizione tra creditori e creditori. Fu però giustamente osservato che disuguaglianza non esiste, perchè il diritto di opzione è concesso a tutti: l'uguaglianza consiste non nel partito che ciascuno sceglierà, ma nel diritto per ciascuno di attenersi al partito che a lui sembra migliore (62).

192. Fin qui del contenuto possibile dei concordati indivi-

---

(58) **Juglar**, *De la situation*, pag. 57.

(59) V. num. 184.

(60) In questo senso: **Juglar**, *De la situation*, pag. 57; — **Sraffa**, *Il fallimento*, pag. 343.

(61) **Juglar**, *De la situation*, pag. 53; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2206; — **Sraffa**, *Il fallimento*, pag. 344.

(62) **Juglar**, *De la situation*, pag. 61.

duali e sociali, quanto *alla sorte delle obbligazioni*. Vediamo ora se e che cosa possa convenirsi, *quanto alla procedura di fallimento*. Poichè la *procedura di fallimento* è una conseguenza dello *stato di fallimento* come stato di perdita pei creditori, ed il concordato fa cessare questo stato anormale, il concordato deve necessariamente importare la cessazione del procedimento. Non potendo darsi *procedura di fallimento*, senza *stato di fallimento*, non possono le parti volere la *cessazione dello stato di fallimento* e la *continuazione della procedura*. La legge però (art. 830) consente che si stipuli la semplice *sospensione* della procedura, affinchè la *chiusura definitiva* non avvenga, se non dopo il completo adempimento degli obblighi portati dal concordato. Questa disposizione, che non ha riscontro nelle leggi straniere (63), fu vivamente censurata per la ragione, che " la cessazione sollecita della procedura di fallimento, mercè concordato o liquidazione giudiziale, riguarda l'ordine pubblico, il quale è interessato a non lasciar indefinitamente aperto un fallimento, e quindi sottoposto il debitore a tutte le restrizioni che a lui derivano dalla pendenza della procedura. Se i creditori concedessero una dilazione di dieci anni al debitore pel pagamento dei suoi debiti, rimanendo, frattanto, sempre aperto il fallimento, non è chi non veda, quanto ciò contrasti col pubblico interesse, essendo necessario per tale condizione di lasciare in piedi, per dieci anni ed oltre, tutta l'organizzazione di un fallimento " (64). La censura ci sembra ingiustificata. In qual modo e perchè il concordato fa cessare lo *stato di fallimento*, e, conseguentemente, la *procedura*? Perchè i creditori, rinunziando ad una parte dei loro diritti, modificano le antiche obbligazioni in modo da far uscire il debitore dallo stato di *incapacità a pagare*, e lo mettono in grado di far fronte alle sue obbligazioni. Ora, quando a ristabilire questo equilibrio, sono concorse delle *dilazioni* concesse al debitore, non può dirsi sempre con sicurezza che lo *stato di fallimento* è scomparso, e che, venute le scadenze, lo squilibrio non tornerà a prodursi. Può darsi invece che quelle concessioni abbiano valso, non a togliere di mezzo definitivamente, ma a *sospendere* lo stato di falli-

---

(63) La dottrina tedesca ritiene ammissibile un concordato *condizionato*, ma ritiene che non possa omologarsi e quindi non possa far cessare la procedura di concorso se non dopo verificatasi la condizione. — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 474.

(64) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 192 e seg.

mento. Sospensione molte volte preziosa, perchè può dar tempo al debitore di risollevarsi completamente, e, venute le scadenze, soddisfare i suoi impegni: ma sempre *sospensione*. In questo caso perchè deve impedirsi ai creditori, i quali temono che lo squilibrio sia non *eliminato*, ma *procrastinato*, di pattuire, anche, che la *procedura di fallimento* non sia *definitivamente chiusa*, ma soltanto *sospesa*? Si dice che la *sospensione* della procedura è una inconseguenza. Ma ciò può credersi soltanto da chi si è formato un inesatto concetto di questa *sospensione*. La sospensione non fa perdurare che gli *organi* del fallimento: giudice delegato, delegazione di sorveglianza, curatore. Questi organi, essendo sospesa la procedura, non esercitano naturalmente le funzioni che sono loro commesse durante la procedura: poichè il debitore è tornato nel possesso dei suoi beni, ed i creditori nel libero esercizio delle azioni individuali, il curatore non avrà più l'amministrazione dei beni del fallito, nè la rappresentanza esclusiva dei creditori. Poichè il riconoscimento giudiziario dei crediti deve farsi nelle forme ordinarie, il giudice delegato non avrà più facoltà di ammettere crediti al passivo: poichè il fallito ha ripreso la libera amministrazione della sua azienda, la delegazione dei creditori non avrà più diritto di esaminare i suoi registri e le sue carte. *Ma tutte le funzioni di vigilanza, nei limiti concessi dalla legge e stabiliti dal concordato, continuano ad essere esercitate dagli organi del fallimento*, pronti a riesercitare con pienezza di facoltà le loro funzioni, appena sia cessata la sospensione della procedura. Nè si può dire che questa funzione di vigilanza manchi di contenuto e d'importanza pratica. La permanenza di organi, che vigilino la esecuzione del concordato, rappresentando i creditori noncuranti e dispersi, tutelando gli interessi della giustizia, spronando il debitore a mantener fede dei patti giurati, non soltanto non è inutile, ma salutare e starei per dire necessaria. E necessaria la ritenne lo *schema preliminare* per la riforma della procedura di fallimento, facendo della *sospensione* della procedura uno stadio preliminare della *chiusura definitiva*. In ogni concordato, qualunque sia la volontà delle parti, la omologazione non produce, secondo lo *schema* (art. 834), la *chiusura* della procedura fallimentare: ma soltanto la *sospensione*, la chiusura definitiva non potendo avvenire che dopo la completa esecuzione del concordato. Nel frattempo restano in carica il curatore ed il giudice delegato, appunto con una funzione di *sorveglianza*. Il curatore sorveglia la

costituzione delle garanzie promesse e, quando occorra, provvede a costituirle egli medesimo a spese del fallito; sorveglia la gestione del fallito ed ha il dovere di esaminare i suoi libri di commercio una volta per settimana; riferisce al giudice delegato sull'andamento dell'amministrazione del fallito, quando questi si procuri con mezzi rovinosi o fraudolenti le somme necessarie per l'esecuzione del concordato; fa conoscere infine al giudice la ineseecuzione del concordato da parte del fallito. Il giudice delegato dal canto suo (art. 835) quando abbia verificato che il fallito non costituisce le garanzie promesse, non paga i dividendi pattuiti, o li paga con mezzi rovinosamente o fraudolentemente procurati, ordina la comparizione del curatore e del fallito davanti il tribunale, per discutere sulla riapertura del fallimento. — In tal modo lo schema eleva a *conditio iuris,* disciplinandone accuratamente gli effetti, la completa esecuzione del concordato, a cui, nel sistema del diritto vigente, le parti hanno soltanto *facoltà* di subordinare la definitiva chiusura del fallimento. Provvedimento davvero ottimo e che varrà certo ad infrenare l'abuso dei concordati, mediante i quali, debitori poco scrupolosi riescono ad uscire dalla procedura di fallimento con promesse di dividendi che non intendono di pagare, nè pagano mai.

Contradittoria alla regola che nel concordato è permesso stipulare la sola *sospensione* della procedura di fallimento, può sembrare la disposizione dell'art. 841, per la quale " tostochè la sentenza di omologazione non sia più soggetta ad opposizione od appello, cessa lo stato di fallimento, e con esso cessano le funzioni del curatore e della delegazione dei creditori: il curatore rende al fallito il conto della sua gestione, e gli consegna i beni, le carte e i libri: il giudice delegato stende di ogni cosa il processo verbale e cessa anch'egli dalle sue funzioni ". Ma si comprende che l'art. 841 dispone per il caso, in cui sia pronunciata dal giudice la *cessazione della procedura,* spettando al tribunale, quando pronunci invece la sola *sospensione,* di dare i provvedimenti opportuni perchè gli organi del fallimento, rimasti in carica, adempiano alle loro funzioni di vigilanza (65). E che l'art. 841 non sia una norma imperativa inderogabile, lo dimostrano gli articoli seguenti, in cui, malgrado si sia detto precedentemente che il curatore cessa

(65) Conforme: **Guariglia,** *Concord.*, pag. 193.

dalle sue funzioni colla omologazione del concordato, dànno ancora facoltà al curatore di promuovere, dopo l'omologazione, l'annullamento e la risoluzione del concordato (art. 842 e 843) e ne ordinano l'intervento nel giudizio di annullamento o di risoluzione promosso dai creditori (art. 842 e 843 citati).

Dove il concordato non può disporre è sulla procedura penale di bancarotta (art. 830_3); trattandosi di reato di azione pubblica, già consumato, la volontà dei danneggiati non può impedirne la persecuzione da parte del Ministero pubblico, a cui, nel nostro ordinamento processuale, è solo riservato l'esercizio dell'azione penale.

N° 2. — *Accettazione della maggioranza dei creditori deliberanti nell'assemblea.*

Art. 1. — Costituzione dell'assemblea e creditori ammessi al voto.

Sommario: 193. Assemblea dei creditori chirografari e riunione del concordato. — 194. Come si giustifica la qualità di creditore. — 195. Condizione dei coobbligati e dei fideiussori. — 196. Condizione dei creditori privilegiati ed ipotecari. — 197. Limiti all'esclusione dal voto dei creditori garantiti da privilegio o ipoteca. — 198. Condizione dei crediti garantiti da fideiussione. — 199. Rinuncia alla garanzia da parte dei creditori privilegiati od ipotecari. — 200. Chi possa rinunciare alla garanzia. — 201. Effetti della rinuncia. — 202. Caratteri della rinuncia presunta. — 203. Di quanti voti disponga ciascun creditore e ciascun credito.

193. Il concordato obbligatorio, essendo un contratto tra il *fallito* e la *massa*, per la sua conclusione è necessario che le proposte del fallito siano accettate dall'organo della volontà collettiva della massa, cioè *dalla maggioranza dei creditori componenti la massa, deliberanti nell'assemblea*. Due ordini di questioni dobbiamo quindi studiare per stabilire, quando concorre l'accettazione della massa: *a)* chi ha diritto di voto nell'assemblea; *b)* quale deve essere e come si calcola la maggioranza nell'assemblea.

Allo studio di ambedue le questioni, si deve premettere un'osservazione. L'assemblea, in cui si forma la volontà collettiva della massa, non è la stessa cosa della *riunione* che il giudice delegato convoca per la proposta del concordato (art. 831 e 832). A questa riunione intervengono il fallito, il curatore e tutti i creditori, chirografari, privilegiati ed ipotecari: intervengono anche i creditori portati in

bilancio, ma non ancora verificati, nè ammessi (66). Questa riunione non è l'*assemblea dei creditori componenti la massa*: è una riunione di tutte le persone interessate alla conclusione di un contratto, che la legge vuole sia preceduto dalla più ampia discussione (a cui sono chiamati tutti coloro, anche non contraenti, che possono illuminare i contraenti), sia consentito simultaneamente, e stipulato solennemente davanti al giudice delegato. *È in questa riunione che si costituisce l'assemblea dei creditori componenti la massa, dove si forma la maggioranza che deve accettare il concordato.* Ma nè la *riunione* forma una cosa sola coll'*assemblea*, nè tutti coloro che prendono parte alla riunione costituiscono l'assemblea, e concorrono alla formazione delle sue deliberazioni.

194. L'assemblea, in cui si forma la volontà collettiva della massa, non può essere costituita che dalla *riunione dei creditori componenti la massa.* — Donde la regola: *non può far parte dell'assemblea, nè dare il suo voto, se non chi giustifichi la sua qualità di creditore, e faccia parte della massa.*

a) La qualità di creditore non è giustificata che dai creditori verificati od ammessi provvisoriamente (art. 833). Non è necessario che l'ammissione risulti da sentenza definitiva; poichè tutte le sentenze in materia di fallimento sono provvisoriamente esecutive (art. 913), anche in pendenza dell'appello contro la sentenza che lo ammette al passivo, può un creditore prender parte all'assemblea e votare il concordato (67).

Nessun dubbio sul diritto di votare il concordato da parte dei creditori a termine, giacchè il termine scade colla dichiarazione del fallimento (art. 701), ed essi sono ammessi senz'altro al passivo: e neppure circa il diritto dei creditori, il cui credito sia sottoposto a condizione risolutiva, giacchè, fino a tanto che la condizione non si è verificata, essi restano creditori, e possono far valere senza restrizioni il loro diritto, salvo a restituire ciò che hanno ricevuto quando sia accaduto l'avvenimento preveduto nella condizione (articolo 1164, Cod. civ.) (68).

---

(66) V. num. 175 e seg.

(67) Trib. Napoli, 27 marzo 1889, *Dir. comm.*, 1889, 387; — A. Napoli, 17 luglio 1889, *Temi gen.*, 1889, 701; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 196; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 869.

(68) V. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 197; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 869. —

Grave è invece la questione quanto ai creditori, i cui crediti sono sottoposti a condizione *sospensiva*. Generalmente si nega loro il diritto di partecipare al voto del concordato (69). Noi crediamo invece che debbano ammettersi. È vero che *l'obbligazione condizionale non ha un'esistenza definitiva*, e che, *pendente conditione*, il debitore *non è ancora obbligato*, ma ciò non significa che l'obbligazione si debba considerare come non esistente e il debitore come non obbligato (70). Il creditore sotto condizione sospensiva ha molti diritti; ha anzi tutti i diritti di un creditore, salvo quelli che hanno per iscopo il *soddisfacimento* immediato del credito: neppure è escluso dal *giudizio di esecuzione*, in quanto il suo intervento gli sia utile per la tutela del suo credito eventuale: l'art. 2091 del Codice civile gli dà diritto di intervenire nel giudizio di graduazione e di esigere dai creditori incondizionati collocati dopo di lui cauzione di restituire all'occorrenza le somme esatte, per il pagamento del suo credito. Giustamente perciò la giurisprudenza lo ammette anche al passivo del fallimento, sottoponendolo al trattamento che il Codice commerciale fa ai creditori, che non siano stati ammessi definitivamente al momento della ripartizione delle somme (art. 811, 812, 814). Il creditore condizionale, alla stregua di queste decisioni, è ammesso provvisoriamente al passivo, ed acquista così il diritto di votare nel concordato; ma non ha diritto alle ripartizioni fino a che la condizione non si sia verificata: le quote a lui spettanti rimangono in riserva, salvo a distribuirle fra gli altri creditori, se, al momento della chiusura del fallimento, la condizione non si sia verificata ancora (71).

Espressamente in questo senso l'Ordinanza germanica, § 66: " I crediti sotto condizione risolutiva sono fatti valere come incondizionati "; su di che v. **Jäger**, *Konkursordn.*, pag. 430, annotazione 1.

(69) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 196; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 869.

(70) La dottrina è oramai concorde su questo concetto della obbligazione sottoposta a condizione sospensiva. V. fra i tanti: **Giorgi**, *Obbl.*, IV, num. 334; — **Chironi**, *Ist.*, I, § 66; — **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon*, XXV, numero 356; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, pag. 70 e seg.; — **Zachariä-Crome**, *Handb.*, II, § 282, pag. 259; — **Baron**, *Pand.*, § 54; — **Cosack**, *Lehrb. des burgerlichen Rechts*, I, pag. 191.

(71) Il diritto dei creditori condizionali ad essere ammessi provvisoriamente al passivo, che l'Ordinanza germanica riconosce espressamente, § 96 (v. **Jäger**, *Konkursordn.*, pag. 474, nota 2; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 346), è ammesso dalla

195. I coobbligati e fideiussori del fallito si sono voluti considerare come creditori condizionali, ma la cui condizione (non pagamento da parte del debitore fallito), si è verificata colla dichiarazione del fallimento. E perciò si sono ammessi senz'altro al voto per il concordato (72). Neanche a questa conclusione possiamo aderire. Se pure i coobbligati e fideiussori possono ritenersi creditori condizionali, certo la condizione, a cui è sottoposto il loro credito verso il fallito, non si è verificata colla dichiarazione di fallimento: *ma si verifica solo col pagamento*, perchè il regresso contro il debitore principale è concesso solo al coobbligato e al fideiussore che *paga* (art. 1199, 1915 Cod. civ.). — È vero che, *pendente conditione*, essi potrebbero essere ammessi al passivo e votare come creditori eventuali. Il Codice civile anzi dà questo diritto espressamente al fideiussore, nell'art. 1919, il quale stabilisce che il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore per essere da lui rilevato, quando il debitore stesso sia caduto in fallimento. Ma questi principî si debbono coordinare col sistema del Codice di commercio, che regola con norme affatto speciali la condizione dei coobbligati e fideiussori del fallito. Nel fallimento, il creditore che ha più coobbligati, può essere ammesso al passivo del fallimento di qualunque dei coobbligati per la *totalità* del credito (art. 788) e *conserva questo diritto anche nel caso che, dopo il fallimento, abbia ricevuto da uno dei coobbligati una parte del suo credito* (73). Da ciò deriva che nel fallimento, il diritto del coobbligato o fideiussore contro il debitore

---

dottrina e dalla giurisprudenza francese, anche in mancanza di un testo formale: v. **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 258; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civ. français*, IV, § 302, pag. 74; — **Demolombe**, *Cours de Cod. Napoléon*, XXV, num. 370; — **Larombière**, II, art. 1180, num. 3 e 4; — **Laurent**, *Principes*, XVII, num. 89; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 1908, e *Faill.*, II, pag. 10. — V. anche **Zachariä-Crome**, *Handb.*, II, § 282, nota 21; — Cass. belge, 13 giugno 1889, *Journ. des faill.*, 1889, 464. — A più forte ragione deve venirsi a questa conclusione in Italia, in presenza dell'art. 2091 Cod. civ. V. infatti: **Giorgi**, *Obbl.*, IV, num. 336; — **Fadda** e **Bensa**, *Note al* **Windscheid**, I, pag. 954; — Trib. Cagliari, 18 febbraio 1889, *Foro*, 1889, 370; — Cass. Roma, 18 dicembre 1890, *Foro*, 1890, 179.

(72) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 196; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 869.

(73) Arg. art. 790: Cfr. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 567; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, V, pag. 604; — **Pardessus**, III, num. 1211; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 1933; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 354; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 56.

principale è assorbito da quello del creditore. Poichè il creditore ha diritto di essere ammesso al passivo del debitore fallito per la *totalità* del suo credito, non c'è più posto per il coobbligato e neppure per il fideiussore. E l'art. 789 riconosce espressamente questa conseguenza, negando perfino al coobbligato fallito *che ha pagato*, sia pure in moneta di fallimento, il creditore, di rivolgersi contro il fallimento del suo coobbligato. Il coobbligato o fideiussore non può rivolgersi contro il debitore principale fallito, che *nel caso in cui il creditore si sia astenuto dal domandare l'ammissione al passivo* (74), *e nel caso in cui il creditore sia stato integralmente soddisfatto*. In questi due soli casi adunque potrà il coobbligato o fideiussore prender parte al voto del concordato. Negli altri il creditore lo esclude completamente, e lo esclude anche quando egli abbia pagato degli acconti sul suo debito (arg. art. 790). Interpretazione questa non solo non contradetta, ma confermata dall'articolo 791, il quale ammette bensì al passivo il coobbligato o fideiussore che per sicurezza della sua azione di regresso ha sui beni del fallito un diritto condizionato d'ipoteca o di pegno, ma lo ammette non a profitto proprio, bensì a profitto del creditore, al quale appartiene il prezzo dei beni ipotecati o del pegno. E il legislatore, in questo articolo, si affretta ad aggiungere che la somma, per cui è data la garanzia, si *confonde* con quella domandata dal creditore nel fallimento, e quindi è computata una sola volta nel calcolo della maggioranza richiesta per la validità delle deliberazioni dei creditori del fallimento. La posizione dunque è questa: un unico credito, garantito da pegno o ipoteca, il quale è fatto valere dal creditore e *sussidiariamente* dal coobbligato o fideiussore, in quanto il creditore sia stato *integralmente* soddisfatto e il fideiussore, o coobbligato, resti scoperto per ciò che ha pagato in acconto al creditore. Ora, prescindiamo pure dalla considerazione che non può parlarsi di voto nel concordato, perchè l'ammissione al passivo è concessa solo in quanto il fideiussore o coobbligato

(74) È in questo caso che l'art. 1919_3 trova applicazione. V. **Thaller**, *Traité élém.*, num. 1927, nota 1, in cui si rileva la mancanza di coordinamento tra l'art. 2032 *Code civil* (corrisp. al nostro 1919) e le disposizioni del *Code de commerce*, specie quelle dell'art. 543 (corrisp. al nostro 789). Ma la disposizione dell'art. 1919_3 assume un significato anche quando la si riferisca al *fallimento non dichiarato*: al caso cioè del commerciante che ha *cessato i pagamenti* senza essere dichiarato fallito. V. **Zachariä-Crome**, II, § 406, pag. 732.

è garantito da pegno od ipoteca, e solo fino a concorrenza della somma, per cui la garanzia fu data (75). Neanche applicando *per analogia* l'art. 791, come si sostiene da qualche autore (76), si può giungere alla conclusione di ammettere sempre il fideiussore o coobbligato al voto del concordato, giacchè questo articolo non gli riserva che *la garanzia,* il credito restando unico, ed essendo fatto valere dal creditore. E la stessa garanzia non giova al coobbligato o fideiussore, *se non quando il creditore non abbia domandato l'ammissione al passivo, o sia stato integralmente soddisfatto* (77).

196. *b) Fanno parte della massa quindi hanno diritto al voto solo i creditori chirografari.* — I creditori forniti di una garanzia reale, pegno, privilegio o ipoteca, non fanno parte, come tali, della massa. Vi partecipano solo per la parte non garantita dei loro crediti.

L'esclusione dalla massa dei creditori ipotecari e privilegiati, qualunque sia la natura del privilegio (privilegio mobiliare o immobiliare, generale o speciale, o pegno), conduce necessariamente ad escluderli dalla *deliberazione del concordato.* Il concordato ha per iscopo di trasformare la *perdita* che deriva ai creditori dallo stato di fallimento, in una *rinunzia,* facendo così venir meno lo stato di fallimento, e ponendo termine alla procedura collettiva. E come dice assai felicemente il THALLER, ha per scopo di *fissare il dividendo del fallimento* (78). Ma la *perdita* nel fallimento non è sentita che

---

(75) Il creditore garantito da pegno o ipoteca non può votare nel concordato che rinunziando alla garanzia (art. 833). Ma la rinunzia alla garanzia in questo caso produce la perdita del diritto di essere ammesso al passivo, concessa dall'art. 791 ai soli fideiussori e coobbligati garantiti.

(76) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 196.

(77) La soluzione adottata nel testo, che restringe la partecipazione al voto del coobbligato o fideiussore al caso in cui il creditore non abbia domandato l'ammissione al passivo, e a quello in cui sia stato integralmente soddisfatto, escludendo perciò il caso di un pagamento parziale, è accolta dalla Cass. Napoli, 3 giugno 1898, *Foro*, 1899, 147, la quale decise che " quando il creditore è stato parzialmente pagato da un coobbligato del fallito, concorre nel concordato per il suo credito integrale; e, viceversa, il coobbligato che ha estinto parzialmente il credito, non può concorrere nel concordato per la parte di credito che ha pagato ". — V. nello stesso senso: **Vidari**, *Corso*, IX, numero 8475; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 621.

(78) **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2075.

dai creditori chirografari: i creditori forniti di una garanzia reale, che hanno diritto ad essere soddisfatti in via di privilegio sulla cosa, sulla quale è costituita la garanzia, non risentono alcuna perdita per lo stato di fallimento del debitore; o almeno, non la risentono, in quanto il loro credito è coperto dalla garanzia. Essi dunque, entro questi limiti almeno, *sono estranei* alla procedura collettiva di fallimento: il procedimento collettivo, che ha per base l'equa distribuzione delle perdite, non li riguarda affatto: la comunione creata per il mantenimento dell'uguaglianza, non li comprende. Le deliberazioni, che gli organi della collettività prendono per ridurre al minimo la perdita e per ripartirla fra i creditori sulle basi dell'uguaglianza, restano loro estranee, e non possono pregiudicare i loro diritti. Come potrebbero adunque essi prender parte alle deliberazioni della collettività? Assistano pure alla riunione, discutano, illuminino i coadunati: la legge lo permette. Ma non pretendano di disporre della cosa altrui, concorrendo alle deliberazioni di una collettività, della quale non fanno parte. Nè, dal punto di vista pratico, il loro intervento si giustificherebbe meglio. Poichè essi sono sicuri dei loro crediti, per qual ragione dovrebbero rinunziarvi in parte nel concordato? La loro adesione al concordato sarebbe un non senso. Ma il loro voto contrario sarebbe un'ingiustizia. Sicuri dei loro crediti, essi potrebbero, sarebbe anzi nel loro interesse, impedire la formazione di un concordato, conveniente pei creditori chirografari. Da qualunque lato si consideri la cosa, l'esclusione dei creditori privilegiati ed ipotecari appare indispensabile (79).

---

(79) Si suol dire anche che il creditore fornito di una garanzia reale non può votare seriamente il concordato perchè, approvandolo, sottoscriverebbe ad un sagrifizio a spese altrui (**Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 577; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 195; — e sopratutto **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2075, in fine). — Questa ragione non ci convince, perchè parte dal presupposto erroneo che, in un sistema, nel quale i creditori forniti di garanzie reali fossero ammessi al voto del concordato, il creditore garantito conserverebbe intatti, dopo il concordato, non solo la *garanzia*, ma anche il *credito*. Ma questo non potrebbe sostenerlo nessuno. E se si ammettesse, come dovrebbe necessariamente ammettersi (v., per es., il Codice spagnuolo, art. 900), che il concordato avesse influenza solo sul *credito*, lasciando intatta la *garanzia*, verrebbe meno la censura, la quale presuppone che il creditore garantito resti estraneo al sagrifizio. Più consistente di molto ci sembra la ragione enunciata nel testo, desunta dall'impossibilità pratica che un creditore *garantito* rinunci, anche in parte, a un credito *sicuro*. A che ammetterlo a votare

A questa norma che la nostra legge, come quasi tutte le legislazioni straniere (80), accoglie e sancisce nell'art. 834 Cod. comm., furono rivolte censure, perchè essa non prevede l'ipotesi che i creditori con privilegio o ipoteca possano restare incapienti (81). Ma la censura, se può colpire il sistema adottato dalla legge per la tutela dei crediteri privilegiati ed ipotecari incapienti, non colpisce il principio. Il creditore ipotecario incapiente entra nella massa, per la parte non garantita del suo credito. Ma se ciò importa che debba essere tutelato il suo diritto, *quando è incapiente*, non importa affatto, che debba essere ammesso al voto del concordato, quando della incapienza non consti.

197. Dalle considerazioni svolte consegue che il divieto di partecipare alla deliberazione del concordato, fondato sulla esclusione dalla massa dei crediti forniti di garanzia reale sull'attivo del fallimento, non riguarda punto la *persona* del creditore privilegiato o ipotecario, ma il *credito di cui è titolare*. Non è che la qualità di titolare di un credito così garantito affetti la *persona* del creditore in modo che la sua condizione giuridica ne sia permanentemente modificata. E neppure che egli debba essere trattato alla stregua di un creditore privilegiato o ipotecario sull'attivo del fallimento, quando non si tratti dell'esercizio del diritto di credito, coperto da quella garanzia. Ciò è di evidenza intuitiva. Donde il principio: *Il creditore privilegiato od ipotecario è escluso dalla massa*

---

quando si sa *a priori* che o farà una rinunzia a titolo di pura e semplice liberalità, contraria alla natura del concordato, oppure voterà contro, pregiudicando, senza arrischiar nulla, gli interessi di chi potrebbe ritrarre un vantaggio dal concordato?

(80) Ord. germ., arg. §§ 61, 173, 179 (la dottrina è concorde: v. **Jäger**, *Die Konkursordnung*, pag. 605, annot. 25; pag. 612, annot. 2; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 423, *sub a)*; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 480 e seg.; — **Wilmowsky**, *Konkursordnung*, pag. 441, *sub* 4); — **Sarwey**, *Konkursordnung*, pag. 775, num. 4; — Ord. austriaca, §§ 212 e 225 (v. per la dottrina: **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 411, *sub* V; — **Schwarz**, *Oesterr. Concursrecht*, § 151, pag. 243); — *Code de commerce*, art. 508; — *Loi belge*, art. 513; — Cod. olandese, art. 838; — Legge svizzera, art. 304, 305 e 317. — Contr.: Cod. spagnuolo, art. 900, il quale permette ai creditori privilegiati ed ipotecarî di votare validamente il concordato senza perdere la garanzia, rendendolo naturalmente anche per essi obbligatorio.

(81) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8483.

e perciò dal concordato, in quanto il suo credito è fornito di una garanzia reale sull'attivo del fallimento. Da questo principio derivano importanti conseguenze:

a) Se uno stesso creditore sia titolare di due crediti, uno fornito di garanzia reale e l'altro semplicemente chirografario, può votare nel concordato come creditore chirografario, senza che ciò nuoccia per nulla ai suoi diritti di creditore ipotecario o privilegiato nei riguardi dell'altro credito (82).

b) Se la garanzia reale non è stata concessa dal fallito, ma da un terzo, il creditore ha diritto di votare il concordato, malgrado la garanzia. Il creditore garantito con pegno o ipoteca conceduti da un terzo, non ha alcun diritto di preferenza sui beni del fallito. Deve essere perciò necessariamente considerato come creditore chirografario nel fallimento. Quando la legge parla di creditori ipotecari o privilegiati, intende sempre di creditori in tal modo garantiti nei beni del fallito. Prova eloquente ne è l'art. 771, il quale dichiara che tutti i creditori del fallito hanno diritto di prendere parte alle deliberazioni del fallimento, eccettuati i creditori aventi ipoteca, pegno o altro privilegio, per ciò che concerne *la loro partecipazione nella ripartizione dell'attivo,* e *il loro intervento nel concordato.* L'avere parlato insieme di deliberazioni riguardanti la ripartizione dell'attivo, e il concordato, dimostra ad evidenza, che si tratta, nell'uno e nell'altro caso, di creditori che vantano diritti di prelazione *sull'attivo del fallimento.* Se, del resto, si considerasse il creditore garantito con pegno o ipoteca concessa da un terzo come creditore ipotecario o pignoratizio, si giungerebbe all'assurdo di *escluderlo dall'attivo del fallimento.* Lo si escluderebbe dalle ripartizioni della massa e dalle percentuali del concordato, perchè non fa parte della massa chirografaria: lo si escluderebbe dal partecipare al prezzo dei mobili e immobili del fallimento gravati rispettivamente da pegno od ipoteca, perchè il suo diritto

---

(82) Cass. Napoli, 12 novembre 1883, *Gazzetta del procuratore*, XXIX, 40; — A. Nîmes, 23 aprile 1884, *Journ. des faill.*, 1885, 536; — **Guariglia**, *Concordato,* pag. 197; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8485; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, V, pag. 373, nota 1; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité,* VII, num. 583. — Il *Code de commerce* è esplicito in questo senso: art. 508: " Les créanciers hypothécaires inscrits ou dispensés d'inscription, et les créanciers privilégiés ou nantis d'un gage, n'auront pas voix dans les opérations relatives au concordat *pour les dites créances...* ".

reale non colpisce nessuna delle cose comprese nell'attivo del fallimento. Non dovendo adunque essere considerato come creditore ipotecario o pignoratizio, nulla può vietargli di prender parte efficacemente al voto del concordato (83).

Questa soluzione deve essere accolta anche se si tratti di una ipoteca costituita bensì dal fallito, ma sopra un immobile divenuto proprietà di un terzo acquirente. Si è negato in questo caso al creditore garantito il diritto a votare il concordato senza rinunciare all'ipoteca, affermando che se fosse altrimenti, il terzo acquirente avrebbe un diritto di ricorso contro il fallito. E ciò — si dice — non è possibile, " perchè è impossibile ammettere insieme alle operazioni del fallimento per la totalità del credito il creditore ed il terzo che deve disinteressarlo „ (84). Ma questo ragionamento prova troppo. Prova anche, anzi, più specialmente, *che il creditore avente ipoteca sui beni di un terzo deve essere escluso dal concorrere non solo al concordato, ma a qualunque forma di soddisfacimento sull'attivo del fallito*. O, in altri termini, che deve essere escluso *dal fallimento*. Conclusione errata, perchè parte da un doppio presupposto erroneo: che il creditore possa, sfuggendo al dividendo, esigere l'intero sul passivo del fallimento; e che il terzo possessore abbia anche, alla sua volta, il diritto di concorrere per l'intero. False l'una e l'altra premessa. Il creditore avente ipoteca sui beni posseduti legalmente da un terzo (nel caso che il trapasso sia annullabile la questione è diversa) nel fallimento non figura come creditore ipotecario: e come lo potrebbe, se il suo diritto reale non riguarda nessuno dei beni costituenti l'attivo del fallimento? Nel giudizio di fallimento dunque *non* ha diritto all'intiero. Quanto al terzo, dato che egli possa far valere il diritto all'indennità contro il fallito (art. 2022 Cod. civ.) non potrà in ogni caso aver regresso

---

(83) Nel senso del testo v. A. Torino, 21 marzo 1899, 997; — Trib. civile Senna, 13 maggio 1890, *Journ. des faill.*, 1890, 376; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 874; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 198; — **Cavo**, *Comm.*, num. 52; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8485, pag. 49, *sub b)*; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 585; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2075, nota 1; — **Boistel**, *Cours*, numero 1035 *in fine*. — Contr. **Masi**, *Fallim.*, num. 531; — **Borsari**, *Il Codice di commercio*, num. 1831; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, V, pag. 378, nota; — **Alauzet**, *Comm.*, IV, num. 1788.

(84) **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, V, pag. 378, nota; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 585, *in fine*.

che per la somma riscossa dal creditore, il cui credito resta però diminuito di altrettanto: se pure non debbono applicarsi qui le regole dei coobbligati, per cui il creditore non totalmente soddisfatto esclude il coobbligato.

c) Se la garanzia non è concessa che per *una parte* del credito, per il resto il creditore è semplicemente chirografario, fa parte della massa, e vota nel concordato (85).

d) Se la garanzia non copre che *una parte* del credito, il creditore incapiente, per la parte non coperta del suo credito, fa parte della massa, e può votare efficacemente nel concordato. Questa è la regola, come discende dai principî. Ma le difficoltà pratiche della sua applicazione non sono lievi. Come si può accertare che il creditore privilegiato od ipotecario è incapiente? Spesso, anzi, trattandosi di garanzia *convenzionale*, vi sarà una presunzione che la garanzia copra tutto il credito, essendo probabile che il creditore abbia pensato ad assicurare la *totalità* dei suoi diritti.

Nessun dubbio nel caso in cui *la garanzia sia stata realizzata prima* della conclusione del concordato, ed in seguito al riparto fatto tra i creditori aventi diritto di preferenza sulla cosa, qualcuno di questi sia rimasto perdente per una parte del suo credito. Ogni creditore fornito di un diritto di privilegio o di ipoteca, oltre alla garanzia *speciale* sulla cosa soggetta a privilegio o ipoteca, ha una garanzia *generale* su tutti i beni del debitore (art. 1949 Cod. civ.): e perciò il creditore privilegiato o ipotecario, rimasto incapiente, passa per la parte di credito non soddisfatta, nella categoria dei creditori chirografarî, fa parte della massa ed ha diritto al voto nel concordato (86).

---

(85) A. Parigi, 20 giugno 1893, *Journ. des faill.*, 1894, 100; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 583.

(86) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 198; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8485, *sub c)*; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 877; — **Cavo**, *Concord.*, num. 48; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2078. — Espressamente in questo senso lo *Schema* **Mortara**, art. 775: " Se il prezzo dei mobili soggetti a speciale privilegio non basta al pagamento dei creditori privilegiati, questi concorrono, in proporzione di quanto rimane loro dovuto, coi creditori chirografarî, nella distribuzione del resto dell'attivo: *e nel caso di concordato concorrono, per la somma del residuo loro avere, alla percentuale in esso stabilita* (e quindi anche al voto), *come se avessero rinunciato al privilegio* ". Per i creditori ipotecarî o privilegiati sugli immobili questa disposizione s'intende richiamata integralmente nell'art. 779 che lo *Schema* lascia invariato.

Se invece la garanzia non fu peranco realizzata, ma *si prevede* che il suo valore sarà insufficiente a coprire i crediti che la gravano, la legge offre al creditore un mezzo abbastanza semplice per partecipare al concordato, *nei riguardi della sola parte del credito che si presume debba restare scoperta.* Gli dà diritto di rinunciare alla garanzia *limitatamente ad una parte del credito,* purchè questa parte non sia inferiore al terzo (art. 834_2). In tal modo resta, fin dal momento del concordato, determinata quella parte di credito, rispetto alla quale la garanzia essendo insufficiente, il creditore deve considerarsi come facente parte della massa. E perciò egli è senz'altro ammesso a votare il concordato (87).

Questa valutazione fatta dal creditore, entro un limite fissato preventivamente dalla legge, è stata censurata come arbitraria, ed arbitrario è stato pure dichiarato il limite di un terzo. Si è perciò ritenuto preferibile il sistema dell'Ordinanza germanica, per il quale i crediti garantiti da privilegio o ipoteca dànno diritto a voto fino a che non vi sia opposizione da parte dell'amministratore del concorso o di un creditore: in caso di opposizione decide il tribunale se e per quale somma i crediti debbano dare diritto al voto (88). Tutto considerato però, il sistema del nostro Codice, in quanto subordina la partecipazione al concordato alla *rinunzia* alla garanzia rispetto a *parte* del credito, mi sembra preferibile. Nel sistema germanico, la partecipazione al voto non dipendendo che da una autorizzazione del tribunale in caso di opposizione, non è necessaria nessuna rinunzia nè totale nè parziale, alla garanzia. E perciò può benissimo darsi il caso che il creditore, il quale ha votato ed è concorso a costituire la maggioranza, sia poi perfetta-

---

(87) Cfr. **Vidari**, *Corso,* IX, num. 8489; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 199 e seg.; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 879. — Una disposizione analoga nella legge belga, art. 513, per la quale la rinunzia deve portare almeno sulla *metà* del credito. La dottrina e la giurisprudenza francese, anche in assenza di un testo formale, hanno ammessa la possibilità di questa parziale rinunzia: v. **Boistel**, *Cours*, num. 1035; — **Bravard-Veyrières** e **Demangeat**, V, pag. 375 e seg.; — **Alauzet**, *Comm.*, IV, num. 2660; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Comm.*, VII, num. 583; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2080, — e la giurisprudenza citata da questi autori. — Contr. però **Bédarride**, *Faill.*, II, num. 540; — **Renouard**, *Faill.*, II, pagg. 22 e 23.

(88) Ord. germ.: § 96, v. **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 473, nota 1, sul § 96; — Ord. austr., § 213. — Analogamente, legge svizzera, art. 305.

mente coperto dalla garanzia per l'intero suo credito. Il che può avvenire anche per l'incuria dell'amministratore e dei creditori presenti, i quali abbiano tralasciato di fare opposizione. Questo non è certo il sistema migliore per assicurare la sincerità della maggioranza e tutelare i diritti della minoranza.

Il difetto del sistema belga-italiano sta solo nell'aver posto un limite arbitrario alla rinunzia del creditore garantito. Un miglioramento della disposizione dell'art. 834_2 potrebbe consistere nello stabilire che la rinunzia non potrà in alcun caso essere inferiore ad una somma che verrà determinata dal giudice delegato, intesa la delegazione dei creditori e il curatore, ad istanza del creditore garantito (89).

e) Il creditore ipotecario o privilegiato, a cui si contesta solamente l'ipoteca o il privilegio, essendo dalla legge ammesso provvisoriamente alle deliberazioni del fallimento, come semplice chirografario (art. 767) avrà anch'egli diritto di voto nel concordato (90). Ed a più forte ragione vi avrà diritto il creditore, di cui sia stata annullata l'ipoteca, per il che è diventato semplice chirografario, anche se contro la sentenza di annullamento sia pendente appello (art. 913) (91).

198. L'esclusione dei creditori garantiti dal voto per il concordato, avendo il suo fondamento nella esclusione dalla massa, non riguarda quei creditori il cui credito è pure garantito, ma che fanno, tuttavia, parte della massa. Intendiamo i creditori aventi un

---

(89) Circa la partecipazione dei creditori ipotecarî e privilegiati alla deliberazione del concordato, una grave lacuna si deve rilevare nello *Schema* **Mortara**, pure — come abbiamo più volte veduto — per tanti rispetti pregevole. Lo *Schema*, mentre stabilisce (art. 826) che i creditori garantiti non possono prender parte al voto che perdendo la garanzia, dichiara d'altro canto (art. 775) che questi creditori *concorrono alla percentuale del concordato*, quando siano rimasti incapienti. Ma perchè escluderli dal voto, quando *è presumibile* che rimarranno incapienti? Essi saranno assoggettati ad un concordato, alla cui formazione non hanno potuto intervenire per non perdere la garanzia che, sia pure solo parzialmente, copriva i loro crediti.

(90) A. Roma, 30 dicembre 1890, *Foro*, 1891, 682; — A. Roma, 19 dicembre 1891, *Dir. comm.*, 1892, 244. — Contr. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8486. — Sulla questione, se il voto implichi rinunzia all'ipoteca o al privilegio, v. più oltre, num. 199 e seg.

(91) A. Roma, 30 dicembre 1890, *Foro*, 1891, 682.

coobbligato o un fideiussore, cioè una *garanzia meramente personale*. Qui la condizione di cose non è identica al caso del creditore fornito di una garanzia *reale*. La garanzia reale dà la *sicurezza* del pagamento. E poi: escludere dalla massa e dal concordato i creditori aventi una garanzia personale significa escluderli dal fallimento, perchè essi non hanno *beni del fallito* su cui soddisfarsi specialmente, se non partecipano al dividendo del fallimento o alla percentuale del concordato (92).

199. Il creditore privilegiato od ipotecario potrà partecipare al voto del concordato, diventando chirografario mediante *rinuncia espressa o tacita alla garanzia* (93). Ciò è di tutta evidenza. Ma la legge è andata più in là. Per dotare di un'efficace sanzione il divieto fatto ai creditori privilegiati ed ipotecarî di prender parte alla deliberazione del concordato, ha presunto, con una presunzione *iuris et de iure*, che i creditori forniti di una garanzia reale, i quali hanno preso parte al voto del concordato, abbiano con ciò solo *rinunziato* alla garanzia. Donde la regola dell'art. 834_3: il voto dato al concordato importa *di diritto* rinuncia al privilegio o alla ipoteca per l'intiero credito (94). Mentre dunque, quando abbia preso parte al concordato un creditore che, per altre ragioni, non vi abbia diritto (per es.: un creditore non verificato nè ammesso) l'unica sanzione dell'illegale partecipazione al voto sarà quella di considerare il voto come nullo e non dato, quando il voto sia stato dato in ispreto alla legge, da un creditore ipotecario o privilegiato, la sanzione del divieto è molto più grave: ed è la perdita della garanzia per rinunzia *presunta*.

La presunzione è *iuris et de iure*. In base ad essa la legge nega (senza bisogno di una dichiarazione giudiziale che accerti la perdita: *di diritto*, art. 834_3) l'azione derivante dal pegno, dal privilegio o dall'ipoteca al creditore che ha votato il concordato; e perciò la prova della contraria volontà non è in alcun modo ammessa (art. 1353 Cod. civ.) (95). Nessuna protesta o riserva del

---

(92) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 197; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8485, pag. 48; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 875; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 584.

(93) **Fadda** e **Bensa**, *Note al* **Windscheid**, I, pag. 872 e 886.

(94) Analogamente *Code de commerce*, art. 508; — Legge belga, art. 513; — Cod. olandese, art. 838.

(95) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 581.

creditore al momento del voto varrà a fargli perdere la garanzia. Votare al concordato e mantenere la garanzia è una *impossibilità legale*. *Votare* basta: non è necessario *assentire:* in qualunque senso si voti, favorevolmente o contrariamente al concordato proposto, la presunzione è stabilita. Prender parte ad una deliberazione della massa significa entrare a far parte della massa (96).

Perchè la presunzione intervenga e la garanzia s'intenda rinunziata è necessario che il debitore abbia *votato*. Non basta che sia *intervenuto* nell'adunanza del concordato: la legge gli riconosce il diritto di intervenire all'adunanza, quando prescrive che anch'egli sia invitato (art. 831) (97). Non basta che, fuori dell'assemblea, o senza la presenza degli altri creditori, abbia dichiarato di accettare le proposte che il fallito possa aver fatto antecedentemente: si tratta di una opinione personale o di una manifestazione di simpatia fatta al fallito: non di un vero *voto* nell'assemblea (98).

La presunzione dell'art. 834_3 non colpisce che *i creditori forniti di privilegio o ipoteca, i quali, non avendo diritto di partecipare al concordato, abbiano tuttavia preso parte al voto.* Ma se si tratta di creditore fornito di garanzia reale che, per una delle ragioni di cui abbiamo detto più sopra, possa intervenire nella *deliberazione* del concordato, la presunzione dell'art. 834_3 cessa di aver luogo. E perciò:

a) Il creditore titolare di due crediti, uno privilegiato o ipotecario e l'altro semplicemente chirografario, non perde la garanzia votando nel concordato. Anche se non ha fatto alcuna dichiarazione di votare come chirografario, il suo diritto a prender parte alla deliberazione vieta che la sanzione dell'art. 834_3 lo colpisca (99);

b) Il creditore, che ha due crediti garantiti ambedue da privilegio o ipoteca, può prender parte alla deliberazione del concordato, rinunziando espressamente alla garanzia di uno solo dei crediti. Colla rinunzia egli diviene, rispetto a quel credito, chirografario,

---

(96) **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2077; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 872; — Cass. Torino, 10 luglio 1889, *Giur. it.*, 1889, 521; — A. Brescia, 11 dicembre 1888, *Dir. comm.*, 1889, 58.

(97) A. Riom, 9 febbraio 1891, *Journ. des faill.*, 1891, 322.

(98) A. Parigi, 20 febbraio 1894, *Journ. des faill.*, 1894, 403.

(99) V. num. 197 e citazioni fatte alla nota 82 a pag. 429.

e può, senza perdere la garanzia che abbia per un altro credito, votare il concordato (100);

c) Il creditore che ha una garanzia reale sui beni di un terzo, può votare come chirografario nel concordato del debitore principale senza perdere la garanzia rispetto al terzo. E così potrà votare nel concordato del debitore principale senza perdere la garanzia reale che ha contro il coobbligato o fideiussore (101);

d) Il creditore la cui garanzia è concessa per una parte sola del credito, non la perde votando nel concordato per la parte di credito non garantita (102);

e) Il creditore la cui garanzia *realizzata prima del concordato*, si è mostrata insufficiente, può votare nel concordato come chirografario per il resto del credito, senza dover restituire nulla delle somme riscosse (103);

f) Il creditore che ha rinunziato espressamente per una parte soltanto, non minore del terzo, del suo credito, alla garanzia reputata insufficiente, prendendo parte al voto del concordato, non perde la garanzia per il resto (arg. art. 834_2). La rinunzia parziale deve essere *espressa*. Lo dice la legge, esigendo una *dichiarazione* (art. 834_3) e lo si desume dal fatto che qui si tratta di determinare, sulle dichiarazioni del creditore, la parte di credito, per la quale egli essendo incapiente, entra a far parte della massa (104);

g) Il creditore privilegiato ed ipotecario a cui si contesti il privilegio o l'ipoteca, ma non il credito, prendendo parte al voto del concordato, non si presume abbia rinunciato alla garanzia che possa essergli riconosciuta in seguito. Egli ha votato perchè la legge lo considera come chirografario " fino a che la controversia sia risoluta " (art. 767). La sentenza che, risolvendo la controversia, gli riconosce il privilegio o l'ipoteca, è, come ogni sentenza, *dichiarativa* e non *attributiva* di diritti: opera *ex tunc* e non soltanto *ex nunc*. Il creditore si considera come se fosse stato sempre ipo-

---

(100) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 583.

(101) V. num. 197 a pag. 429 e 430 e le citazioni quivi fatte alla nota 83, alle quali *adde*, nel senso del testo: A. Perugia, 28 marzo 1895, *Legge*, 1895, II, 486; — Trib. civ. Senna, 26 dicembre 1893, *Journ. des faill.*, 1894, 186; — A. Aix, 3 maggio 1862, *Journ. des faill.*, 1883, 205.

(102) V. num. 197 a pag. 431 e le citazioni quivi fatte alla nota 85.

(103) V. num. 197 a pag. 431 e le citazioni quivi fatte alla nota 86.

(104) V. num. 197 e le citazioni fatte alla nota 87.

tecario o privilegiato. Da questo effetto retroattivo della sentenza risulta che tutto quanto egli ha fatto *medio tempore* come creditore chirografario s'intende come non fatto e cade, insieme colla qualità di chirografario. Se si ritenesse efficace rispetto al diritto di prelazione, riconosciutogli in seguito, ciò che ha fatto come creditore chirografario, si giungerebbe all'assurdo di considerarlo, al momento della conclusione del concordato, contemporaneamente come chirografario e privilegiato. Sarebbe considerato come chirografario, in quanto la legge gli permetterebbe di intervenire alla deliberazione del concordato (art. 767_1) e lo terrebbe obbligato al concordato omologato (art. 841). Sarebbe considerato come privilegiato perchè il suo voto importerebbe rinuncia alla garanzia (art. 834_3). Il vero è che la sanzione dell'art. 834_3 ha per presupposto necessario il *divieto* di prender parte alla deliberazione del concordato: e non è che una *sanzione* di tale *divieto*. Ma poichè la legge *espressamente* dichiara che al creditore privilegiato o ipotecario è *permesso di intervenire*, ciò significa che può farlo senza compromettere il suo diritto eventuale. Si è obbiettato che, se si permettesse al creditore di cui si contesti il privilegio o l'ipoteca, di prender parte al voto senza perdere la garanzia, si sancirebbe " l'assurdo di ritenere, relativamente al concordato, come definita in senso contrario al creditore la disputa che non lo è " (105). L'obbiezione è molto pericolosa, perchè l'argomento si può ritorcere facilmente; se si ritenesse pregiudicato il creditore dal voto, si sancirebbe l'assurdo di dare, relativamente al concordato, come definita in senso *favorevole* al creditore, la disputa che non lo è (106);

h) È inutile aggiungere, per ultimo, che la presunzione dell'art. 834_3 riguarda solo i creditori *forniti di una garanzia reale* e

---

(105) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 878.

(106) Conformi al testo: A. Roma, 30 dicembre 1890, *Foro*, 1891, 682; — A. Roma, 19 dicembre 1891, *Dir. comm.*, 1892, 244; — Trib. Palermo, 17 luglio 1896, *Foro*, *Rep.*, 1896, voce *Fallim.*, num. 192; — **Calamandrei**, *Fallim.*, II, num. 698; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 202 e seg.; — **Boistel**, *Comm.*, num. 989, pag. 757; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2079. — Contr. A. Amiens, 24 luglio 1885, *Journ. des faill.*, 1885, 407; — **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 27; — **Bédarride**, *Faill.*, II, num. 487 e seg.; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, V, pag. 364, nota 1; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 582; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8486; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 878; — **Cavo**, *Concord.*, num. 53; — **Ridolfi**, nella *Legge*, 1891, 1, 95 e seg.

non anche i creditori aventi una garanzia *personale* (coobbligati o fideiussori) (107).

200. La rinunzia alla garanzia non può esser fatta se non da chi può disporre del credito. Questa regola vale anche per la rinunzia *presunta* dell'art. 834_3. Dove *nessuna* rinunzia è possibile, la presunzione non può aver luogo. Lo stabilire *quando* la rinunzia è possibile, è questione che si deve decidere caso per caso: tenendo presente però che chi può disporre del *credito*, può disporre anche del privilegio o dell'ipoteca costituiti a garanzia di quel credito (108). In applicazione di questa norma:

a) Il genitore esercitante la patria potestà, votando il concordato, non fa perdere al figlio la garanzia che assicura il suo credito. Ma glie la fa perdere se fu autorizzato a intervenire nel concordato dal tribunale civile (art. 224 Cod. civ.);

b) Il tutore non fa perdere la garanzia al minore o all'interdetto se, per votare nel concordato, non ha ottenuto l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela (art. 296 e 374 Codice civile) (109);

c) Il minore emancipato non perde la garanzia se votò il concordato senza il consenso del curatore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela (art. 319 Cod. civ.);

d) L'inabilitato non perde la garanzia se votò il concordato senza l'assistenza del curatore (art. 339 Cod. civ.);

e) Il marito non fa perdere alla moglie la garanzia di un credito dotale, se intervenne al concordato del debitore senza l'autorizzazione del tribunale (art. 1405), salvo che l'alienazione della dote sia stata permessa nel contratto di matrimonio (art. 1404);

f) Il creditore ipotecario che ha dato in pegno il credito, non perde l'ipoteca votando nel concordato senza il consenso del creditore pignoratizio (art. 1994_3 Cod. civ.) (110);

g) Il curatore di un fallimento non fa perdere al fallito la garanzia di un credito di questi se interviene al concordato del de-

---

(107) V. num. 198.

(108) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 578.

(109) **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2077.

(110) Cass. Roma, 18 maggio 1897, *Foro*, 1897, 793.

bitore del fallito senza l'autorizzazione del giudice delegato (art. 798 e 799 Cod. comm.) (111).

In questi casi, in cui, per difetto di facoltà, la presunzione di rinunzia non ha luogo, subentra l'altra sanzione: il voto del creditore che eccezionalmente non perde l'ipoteca, non è calcolato per la formazione della maggioranza (art. 834_1). Favorevole o contrario, s'intende come non dato.

201. La rinuncia, voluta o presunta, ha effetto retroattivo? Il creditore ipotecario o privilegiato, ad es.: che ha riscosso degli interessi (art. 700) dovrà restituirli alla massa, diventando chirografario? Crediamo di no. Anche nel caso di una rinuncia espressa (nella rinuncia presunta a più forte ragione) si tratta di una perdita di diritti a cui non è lecito dare una efficacia estensiva (112).

---

(111) **Lyon-Caen**, nel *Journal du Palais*, 1890, I, 322. — Fra gli autori regna molta incertezza di criterî intorno alla possibilità di rinunziare alla garanzia ed all'applicabilità della presunzione dell'art. 834_3. Si suol dire che coloro a cui spetta l'ipoteca *legale* sui beni del fallito possono votare nel concordato senza perdere la garanzia (v. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 198. — Il **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8485, restringe la regola a quei " creditori ipotecarî del fallito, a favore dei quali la legge stabilisce di propria autorità l'ipoteca legale, come è quella che spetta al minore o all'interdetto sui beni del tutore, e quella che spetta alla moglie sui beni del marito per la dote o pei lucri dotali „). E ciò perchè " a tali ipoteche non si può rinunciare „ (**Vidari**, loc. cit.; — **Guariglia**, loc. cit.). — Ora, in un certo senso, è vero che, votando nel concordato del marito, la moglie non perde l'ipoteca dotale e, votando (s'intende a mezzo di rappresentante legale) nel concordato del tutore, il minore non perde l'ipoteca sui beni di lui. Ma non perchè a tali ipoteche non possa rinunciarsi, ma perchè si tratta di ipoteche *generali* che gravano tutti i beni del marito o tutore, e garantiscono tutte le ragioni dotali della moglie e tutti i crediti del minore. Ciò importa che la rinunzia all'ipoteca, *riguardo a quel credito*, farà divenire chirografario quel credito determinato, *ma non farà venir meno la garanzia per tutti gli altri crediti*. Ecco in qual senso non si può rinunziare all'ipoteca legale della moglie o del minore. Ma *quando vi siano le autorizzazioni richieste dalla legge, nulla vieta che si rinunzi alla garanzia per quel credito determinato*. L'essere legale o convenzionale l'ipoteca, rispetto al singolo credito, non influisce per nulla quanto alla possibilità di rinunziarvi. — Anche le idee degli autori francesi non sono molto chiare su questo punto: v. **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, V, pag. 375 nota; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 578. — Più esattamente: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 876; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2077.

(112) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 586; — **Boistel**, *Cours*, numero 1035.

La perdita della garanzia reale importa anche la perdita della garanzia personale: quando il creditore rinunciante, o che si presume rinunciante, è, contemporaneamente, garantito da un privilegio o ipoteca sui beni del fallito e da una fideiussione, la rinuncia alla garanzia reale importa, in forza dell'art. 1928 Cod. civ., la perdita della fideiussione. L'art. 1928 infatti dichiara: " Il fideiussore anche in solido è liberato, allorchè per fatto del creditore non può aver effetto a favore del fideiussore medesimo la surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore " (113).

202. Molto si è disputato in Francia, specie nella giurisprudenza, per decidere se la perdita della garanzia reale, in forza della presunzione dell'art. 834_3 (508 del Codice francese) fosse *assoluta* o *relativa:* se cioè se ne potesse prevalere ogni interessato, compreso il fallito, o soltanto la massa. Si invocava, a favore della perdita *relativa*, il carattere *relativo* di tutte le nullità stabilite dalla legge nell'interesse della massa: particolarmente quelle degli articoli 707 e seg. (447 e 448 del *Code de commerce*): nonchè la ragione e il fondamento della presunzione che la legge ha stabilito per difendere gli interessi della massa (114). Ma d'altro canto si è giustamente risposto che il testo della legge è formale: essa non parla di rinuncia relativa: che la nullità degli atti fatti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento e la presunzione di frode per gli atti posteriori alla cessazione dei pagamenti, sono stabilite, è vero, a favore della massa, ma che nessuna analogia si può stabilire fra esse e la rinuncia presunta dell'art. 834_3 (508 *Code de comm.*): appunto perchè qui si tratta non di nullità, ma di *rinuncia presunta*, si devono applicare le regole che valgono per la rinuncia *dichiarata*. Ora non v'ha dubbio che, in caso di rinuncia voluta, la garanzia è estinta rispetto a tutti. Lo stesso deve dirsi evidentemente nel caso dell'art. 834_3 che è un vero caso di rinunzia presunta, come abbiamo anche noi più volte notato (115).

---

(113) Conformi al testo: **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., annot. 2081; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 584.

(114) A. Digione, 3 febbraio 1865, *Dalloz*, 1865, 2, 89.

(115) A. Rouen, 21 gennaio 1862, *Sirey*, 1863, 1, 262; — Cass. francese, 11 febbraio 1880, *Sirey*, 1880, 1, 164; — Cass. francese, 6 marzo 1894, *Journ. des faill.*, 1894, 337; — A. Poitiers, 27 febbraio 1896, *Journ. des faill.*, 1896, 427; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 587.

Se il concordato non ha luogo o viene posteriormente annullato, gli effetti della rinuncia cessano di diritto (art. 834_4). La rinuncia espressa, tacita o presunta, è legata indissolubilmente al concordato, che ne è la *causa*. Venuta meno la *causa,* viene meno anche il negozio giuridico che su quella si fonda (art. 1119 Cod. civile) (116).

203. Ogni creditore ammesso al voto, non dispone che di un sol voto, qualunque sia il numero e l'entità dei crediti di cui è titolare. Il diritto al voto è un diritto inerente alla persona del creditore come tale e non spettante al credito. Ciò non impedisce naturalmente che alcuno possa votare più volte, *come rappresentante* di più creditori (117). Ma all'infuori di questa ipotesi, in cui, del resto, il rappresentante vota tante volte quante sono le *persone* e non i *crediti* dei rappresentati, la regola della individualità del voto è assoluta (118). Non importa, che il creditore sia una persona fisica o giuridica: dove c'è un unico subietto di diritti, ivi c'è un unico voto. E perciò l'amministratore di una società commerciale avrà un solo voto, e non tanti voti quanti sono i soci, anche se si tratti di una società in nome collettivo (119).

---

(116) Colla disposizione dell'art. 834_4 il nostro Codice di commercio ha eliminato un dubbio, che era possibile sotto l'impero dell'art. 619 del Codice del 1865 e che, in Francia, tuttora, in mancanza di una esplicita disposizione di legge, tiene divisa la giurisprudenza e la dottrina: v. per la perdita definitiva della garanzia: Cass. francese, 6 marzo 1894, *Journ. des faill.*, 1894, 337; — A. Rennes, 20 maggio 1893, *Journ. de faill.*, 1893, 379; — A. Rouen, 30 marzo 1892, *Journ. des faill.*, 1893, 129; — Trib. civ. Rambouillet, 5 agosto 1887, *Journ. des faill.*, 1888, 93; — Trib. civ. Senna, 17 maggio 1887, *Journ. des faill.*, 1887, 268; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, V, pag. 374, nota 1; — **Boistel**, *Cours*, num. 1035; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 580; — per la perdita condizionata all'esistenza del concordato: **Bédarride**, *Faill.*, II, num. 744; — **Dalloz**, *Rép.*, v. *Faillites*, num. 701; — **Alauzet**, *Comm.*, IV, num. 2664 e seg.

(117) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 590; — **Kohler**, *Lehrb.*, pagina 482; — **Jäger**, *Konkursordn.*, pag. 617, annot. 2; — **Seuffert**, *Konkurspr.*, pag. 424, nota 8.

(118) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 209; — **Cavo**, *Concord.*, num. 39; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8477; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 867; — **Pardessus**, III, num. 1236; — **Bédarride**, *Faill.*, II, num. 583; — **Boistel**, *Cours*, num. 1034.

(119) A. Parigi, 19 maggio 1889, *Journ. des faill.*, 1882, 349; — **Kohler**, *Lehrb.*, pagg. 482 e 483; — **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 617, annot. 2.

Ma può darsi che *più creditori* abbiano diritto ad un solo voto:

a) Se un credito appartenga *in comune* a più persone (ciò che può avvenire nella società civile e nella comunione tra coniugi), non può ciascuno dei partècipanti votare nel concordato. Appunto invece perchè si tratta di credito comune, per disporne occorre o l'intervento di tutti i partecipanti, o l'intervento delle persone autorizzate a disporre del credito comune. Nella società civile non potranno disporre del credito sociale nel concordato che tutti i soci congiuntamente, o il socio amministratore, il quale è l'unico che possa da solo alienare e obbligare le cose della società (art. 1724 Cod. civ.) (120). Nella comunione dei beni tra coniugi, del credito potranno disporre o i due coniugi congiuntamente, o il marito, amministratore e rappresentante della comunione, autorizzato dalla legge a disporre da solo, a *titolo oneroso* (è appunto il caso del concordato) dei beni della comunione (art. 1438) (121). — In ambedue questi casi, in cui il credito resta unico, ma appartiene a più creditori, *il credito non darà diritto che ad un voto nel concordato* (122);

b) Altro caso in cui, pure essendo più i creditori, non spetta a ciascuno di essi simultaneamente un diritto di voto separato, è quello dell'*obbligazione indivisibile* e dell'*obbligazione in solido fra*

---

(120) **Aubry** e **Rau**, *Cours*, IV, § 382; — **Zachariä-Crome**, *Handb.*, II, § 362; — **Troplong**, *Sociétés*, num. 744 e 749; — **Pont**, *Commentaire, Traité des Sociétés*, num. 503.

(121) **Gouillouard**, *Traité du contrat de mariage*, Paris, 1888, II, num. 690; — **Rodière** e **Pont**, *Traité du contrat de mariage*, Paris, 1869, II, num. 870; — **Aubry** e **Rau**, *Cours*, V, § 509; — **Laurent**, *Principes*, XXII, num. 1 e seg.; — **Zachariä-Crome**, IV, § 479.

(122) Cfr. **Aubry** e **Rau**, *Cours*, IV, § 298. — Alla stessa conclusione della unicità del voto, si deve nel diritto germanico giungere quanto ai coeredi, durante la comunione ereditaria. Mentre infatti nel nostro diritto vale il principio: *nomina haereditaria ipso iure inter haeredes divisa sunt* (arg. art. 1204 Cod. civ.: v. **Zachariä-Crome**, *Handb. d. französischen Civilrechts*, II, § 281; IV, § 645; — **Giorgi**, *Obbl.*, VI, num. 391), secondo il nuovo Codice civile germanico un coerede singolo non può disporre della porzione a lui spettante sui singoli oggetti dell'eredità: ma occorre il concorso della volontà di tutti i coeredi (§§ 2033 e 2040: v. **Cosack**, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., Jena, 1900-1901, II, § 386, pag. 748). — Su questo punto la dottrina tedesca è concorde: v. **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 618, annot. 3; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 424, nota 8.

creditori, nelle quali, ciascun creditore può bensì, rispettivamente, esigere la prestazione o il *solidum*, ma non può, di suo arbitrio, diminuire il diritto degli altri (art. 1207 e 1185 Cod. civ.). Del credito adunque non si può disporre nel concordato se tutti i creditori non sono d'accordo nell'aderirvi (123);

c) Altro caso in cui più persone, partecipanti allo stesso credito, hanno un solo voto è quello del *pegno di un credito concursuale*. Anche qui debbono intervenire il creditore che ha dato in pegno e il creditore pignoratizio, senza il consenso del quale non è possibile disporre del credito (124). Al caso del pegno è assimilabile quello dell'*usufrutto del credito;* occorrerà il consenso del mero titolare del credito e dell'usufruttuario (125).

Ma se, quando il credito è *unico*, più persone possono aver diritto ad un solo voto, quando vi sono *più crediti*, *di cui sono titolari diverse persone*, ogni persona ha diritto ad un voto. Se è vero che chi dispone di più crediti, non ha diritto che a un voto, è vero altresì che chiunque dispone di un credito, ha diritto ad un voto. La regola insomma è questa: *ogni creditore ed ogni credito ha diritto al voto e ad un voto soltanto.*

Di qui le seguenti conseguenze:

a) Il cessionario di più crediti non ha diritto che ad un solo voto, e non a tanti voti quanti sono i crediti (126);

b) Ognuno dei vari cessionari di un credito ha diritto al voto

---

(123) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 583; — **Kohler**, *Lehrb.*, pagina 482; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 424, nota 8.

(124) Cass. Roma, 18 maggio 1897, *Foro*, 1897, 793; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 592; — **Kohler**, *Forderungspfandung und Stimmrecht beim Zwangsvergleich*, nella *Zeitschrift für Civilprozess*, X, pag. 199 e seg.; — **Oetker**, *Stellung des Forderungspfandegläubigers im Konkurse der Dritteschuldners* nei *Festschrifte der Rostocker Jur. Fak. zum doktorjub. von Buchka* Rostoch, 1891, pag. 13 e seg.; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 424, nota 8; — **Jäger**, *Die Konkursordnung*, pag. 618, annot. 3.

(125) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 594.

(126) Cass. Torino, 13 novembre 1886, *Dir. comm.*, 1887, 59; — A. Venezia, 13 giugno 1884, *Foro*, 1884, 751; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8478; — **Bolaffio**, *Ann. crit. della giurispr. comm.*, 1884, 156; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 209; — **Thaller**, *Traité élém*, num. 2072, nota 1; — **Bravard-Veyrières** e **Demangeat**, V, pag. 388: — **Pardessus**, *Cours*, III, num. 1236; — **Bédarride**, *Faill.*, II, num. 534; — **Alauzet**, *Comm.*, IV, num. 2652; — **Boistel**, *Cours*, num. 1034; — **Jäger**, pag. 618, ann. 4; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 451, *sub 2.*

riguardo al suo credito. Colla cessione il credito si è *diviso* e la qualità di creditore si è trasferita presso ciascuno dei cessionarî (127).

Queste due regole sono state oppugnate parzialmente, e da qualche autore si è ritenuto necessario limitare in certi casi, l'efficacia della cessione.

Per ciò che concerne il *cumulo di più crediti in una stessa persona*, si è sostenuto che, se la cessione è stata fatta *dopo la verificazione dei crediti*, non si può negare al cessionario il diritto a tanti voti nel concordato, quanti erano i creditori verificati. La verificazione dei crediti fissa irrevocabilmente il numero dei creditori: nè l'assemblea può contestarlo, allegando fatti posteriori alla verificazione. Queste contestazioni non essendo possibili, il cessionario avrà sempre diritto di presentarsi in veste di mandatario e di dare tanti voti quanti sono i mandanti (128). Ma in tal modo si esagera oltre ogni misura l'efficacia della verificazione. Se, dopo la verificazione, non si potrà contestare l'esistenza, la modalità, l'ammontare del credito, ciò non significa che sia vietato di far valere i *mutamenti posteriori alla verficazione.* La verificazione determina irrevocabilmente la condizione del credito al momento in cui avviene: ma non può impedire che, per *fatti posteriori*, il credito si modifichi, sia ceduto e si estingua. Così si dà alla *cosa giudicata* un'efficacia che contradice alla sua natura: la cosa giudicata è irrevocabile, in quanto *dichiara* il diritto: ma non può influire sull'*avvenire* del rapporto giuridico.

Per ciò che concerne il *frazionamento di un solo credito fra più cessionarî*, la dottrina prevalente ritiene che la cessione, in seguito alla quale si sostituiscono più creditori ad un solo, non possa influire sul numero dei votanti nel concordato, *quando sia posteriore alla dichiarazione di fallimento.* Si dice che dopo la sentenza dichiarativa il numero dei creditori può diminuire, ma non aumentare: che non si può permettere ad un solo creditore di aumentare a sua

---

(127) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 210 e seg.; — **Cavo**, *Concord.*, num. 41; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 591; — **Alauzet**, IV, num. 2653; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 482; — **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 618, annot. 4; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 451, *sub 2*; — **Sarwey**, *Konkursordnung*, pag. 790, nota 2; — A. Bologna, 11 settembre 1896, *Foro*, *Rep.*, 1896, voce *Fallimento*, num. 191.

(128) **Renouard**, *Traité des faillites et banqueroutes*, II, pag. 16 e seg.

voglia il numero dei votanti: che si apre l'adito alla frode rendendo così facile l'alterazione della maggioranza concordataria (129). Ma il principio, che dopo la dichiarazione di fallimento non possa aumentare il numero dei creditori, nè è riconosciuto dalla legge, nè si desume direttamente o indirettamente dal sistema del vigente diritto fallimentare. Dopo la dichiarazione di fallimento resta bensì, entro certi limiti, e per certi effetti, fissato il numero e l'ammontare dei *crediti*, per effetto dello spossessamento e della *indisponibilità* da cui il debitore è colpito rispetto ai suoi beni presenti e futuri, durante la procedura di fallimento (art. 699 e 707). Ma invariabilità dei crediti, o meglio, del *passivo*, non significa invariabilità dei *creditori*. Sta in fatto invece che i creditori componenti la massa sono perfettamente liberi, come ogni compartecipante in una massa comune, di alienare o cedere la loro quota di partecipazione. Contro questa pretesa invariabilità sta del resto la testimonianza degli stessi autori che la sostengono, i quali non hanno poi difficoltà ad ammettere che, se la successione nel credito non avviene *inter vivos*, ma *mortis causa*, i coeredi hanno ciascuno un diritto separato di voto, benchè la morte sia avvenuta dopo la dichiarazione di fallimento (130). L'unica ragione sostanzialmente seria che si adduce contro l'efficacia della cessione è il pericolo di frodi. E noi non neghiamo questo pericolo. Ma troviamo, che è insufficiente, quando dal sistema della legge non si può desumere la regola che si invoca, fondarla su motivi, sia pure legittimi, di opportunità o di utilità. Tanto più che il sistema del diritto vigente offre mezzi non del tutto inefficaci per premunirsi contro quel pericolo. Occorrerà provare la frode; ma se un sospetto soltanto abbastanza fondato s'insinua nell'animo del magistrato, questi potrà negare l'omologazione e frustrare così il malizioso disegno (131);

---

(129) A. Napoli, 19 novembre 1873, *Legge*, 1874, I, 96; — A. Firenze, 10 giugno 1871, *Annali*, 1881, 228; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8478; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 867; — **Bravard-Veyrières** e **Demangeat**, *Droit commercial*, V, pagina 390; — **Boistel**, *Cours*, num. 1034; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2072, nota 1. — Espressamente dichiarano nulla la cessione, agli effetti del voto nel concordato, la C. O. austriaca, § 217; l'Ord. concursuale ungh., § 212; il Cod. Chilì, art. 1462.

(130) **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pag. 391, nota 1; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2072, nota 1.

(131) **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 482.

c) Infine, come abbiamo accennato, più coeredi che succedono al creditore, in forza della divisione operata *ipso iure* dalla successione ereditaria, rispetto ai crediti divisibili (*nomina haereditaria inter haeredes ipso iure divisa sunt*, v. art. 1204 Cod. civ.), acquistano ciascuno un diritto di voto autonomo nel concordato (132).

Art. 2. — Formazione e computo della maggioranza.

Sommario: 204. Maggioranza in numero e maggioranza in somma. — 205. Calcolo della maggioranza in numero. — 206. Calcolo della maggioranza in somma.

204. L'assemblea dei creditori delibera a maggioranza sull'accettazione del concordato. Come in ogni organo di una volontà collettiva, anche la maggioranza formatasi nell'assemblea è reputata l'interprete legittimo degli interessi collettivi (133).

La regola generale, per tutte le assemblee dei creditori pel fallimento, è che le deliberazioni vi sono prese a maggioranza assoluta dei voti dei presenti (art. 907_2). Questa regola subisce importanti modificazioni in materia di concordato. Con esempio non nuovo nella regolamentazione delle maggioranze, la legge non si accontenta che l'accettazione del concordato sia deliberata col voto favorevole della maggioranza dei creditori presenti nell'assemblea. Essa vuole, perchè l'accettazione sia validamente fatta, che concorra il voto favorevole " *della maggioranza di tutti i creditori, i crediti dei quali furono verificati od ammessi provvisoriamente, purchè gli assenzienti rappresentino i tre quarti della totalità dei crediti stessi* " (art. 833_1). Per l'accettazione del concordato occorre dunque una *doppia maggioranza*: la maggioranza *in numero* dei creditori; la maggioranza *in somma* dei crediti (134):

---

(132) **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2072, nota 1; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 591; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pag. 391, nota 1.

(133) V. sopra num. 79.

(134) La *doppia maggioranza* è oramai richiesta da tutte le legislazioni: vedi **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 476 e seg.; — **Thaller**, *Des faill. en droit comparé*, pag. 263 e seg., eccezion fatta del decreto brasiliano del 24 ottobre 1890 (art. 45), il quale si accontenta di una sola maggioranza: quella di somma, che fissa nei

205. *A*) *Maggioranza in numero.* È evidente anzitutto che a costituire la maggioranza possono concorrere soltanto i creditori *ammessi al voto.* Ma come si calcolerà la maggioranza? Sarà essa costituita dalla metà più uno *di tutti i creditori ammessi al voto,* oppure dalla metà più uno *dei creditori votanti*?

Questa questione, che risale fino alla legge modificativa francese del 1838, viene ordinariamente formulata in modo assai inesatto: ci si suol domandare, se la maggioranza debba calcolarsi su tutti i creditori i cui crediti furono verificati od ammessi, oppure sui soli creditori *presenti all'assemblea* (135). Ora, sotto l'impero del Codice francese, per il quale il concordato deve essere, a pena di nullità, firmato seduta stante, in ogni caso, anche quando il voto è rinnovato in una seconda adunanza (*Code de commerce*, art. 509), sicuramente *creditore presente* equivale a *creditore votante.* Ma, secondo il nostro Codice, il voto al concordato può esser dato anche all'infuori dell'adunanza (art. 835_2). È quindi fuori di ogni questione che la maggioranza non può sempre calcolarsi sui creditori *presenti.* Dubbio può esser solo, se debba calcolarsi sui creditori *votanti.*

---

tre quarti dei crediti verificati e ammessi al voto: v. **Borchardt**, *Die Handelsgesetze des Erdballs*, Berlin, dal 1884, App. IV, nota 1. — La determinazione della doppia maggioranza è fatta nei modi più diversi: richiedono la *semplice maggioranza* in numero ed i *tre quarti* in somma, oltre al Codice italiano, la legge *belga* (art. 512); l'Ordinanza *germanica* (§ 182); il Cod. *rumeno* (art. 848_2); il Cod. *giapponese* (art. 1039); la legge *inglese* del 1890 (art. 18), la quale esige anche la doppia votazione in due adunanze successive. — La semplice maggioranza in numero ed i *tre quinti* in somma richiedono il Cod. di comm. *spagnuolo* (art. 901) per il fallimento dei commercianti, (pei non commercianti v. in seguito); il Cod. *messicano* (art. 991); il Cod. *chileno* (art. 1463). — La semplice maggioranza in numero ed i *due terzi* in somme vuole la legge *francese*, 4 marzo 1889 (art. 15), modificando la legge del 1838 che richiedeva i tre quarti. Altre legislazioni non si accontentano della semplice maggioranza in numero, ma richiedono una speciale maggioranza tanto di numero che di somma: *due terzi* in numero e *due terzi* in somma la legge *svizzera* (art. 305) e il Cod. *portoghese* (art. 731); *due terzi* in numero e *tre quarti* in somma l'Ordinanza *austriaca* (§ 217) e la nuova legge *olandese* (art. 145); *due terzi* in numero e *quattro quinti* in somma l'Ordinanza *ungherese* (§ 212); *due terzi* in numero e *tre quarti* in somma, oppure *tre quarti* in numero e *due terzi* in somma il Cod. *argentino* (art. 1471); *due terzi* in numero e *tre quinti* in somma la legge *spagnuola* di *enjuntamiento civil* per i non commercianti (art. 1139).

(135) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 207; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8476; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 864.

In realtà, anche su questa questione, il dubbio non appare dalla formulazione dell'art. 833, nel quale è detto semplicemente: " Il concordato non può farsi, che col concorso della maggioranza di tutti i creditori, i crediti dei quali furono verificati od ammessi provvisoriamente, purchè gli assenzienti rappresentino i tre quarti della totalità dei crediti stessi: altrimenti è nullo ". La formula della legge sembra chiara nel senso che la maggioranza debba essere calcolata *su tutti i creditori, i crediti dei quali furono verificati od ammessi provvisoriamente, esclusi i creditori con pegno, ipoteca o altro privilegio* (136), vale a dire *su tutti i creditori ammessi al voto*. Chiara infatti è sembrata al Thaller, che, interpretando in questo senso l'art. 833, osserva: " Les italiens ont très bien fait d'établir la concordance des deux majorités, en acceptant la solution française, *rendue dans une langue claire et dans une proposition non controversable* " (137).

Malgrado ciò, anche sotto l'impero dell'art. 833, si è risollevata la vecchia questione del computo della maggioranza, già lungamente agitata in Francia, e risoluta infine dalla dottrina e dalla giurisprudenza di quel paese per l'opinione che riteneva il calcolo dovesse farsi su tutti i creditori ammessi al voto e non sui soli presenti all'assemblea del concordato (138). E si è finito per concludere, da parte di non pochi autori, che, sebbene l'art. 833 non distingua fra creditori presenti ed assenti, votanti e non votanti, pure tale distinzione si deve desumere dall'art. 835, nel quale — si afferma — è fatta esplicitamente. " L'art. 835 — si dice — risolve ogni dubbio, quando accennando ai casi, nei quali è permesso rimandare la deliberazione sul concordato ad altra adunanza, dice che uno di essi è, quando si è ottenuta la sola maggioranza in numero dei creditori presenti " (139).

Noi crediamo che la maggioranza necessaria per l'accettazione del concordato non debba calcolarsi sul numero dei creditori *vo-*

---

(136) Art. 834.

(137) **Thaller,** *Des faillites en droit comparé*, II, pag. 265.

(138) **Renouard,** *Faill.*, II, pagg. 15 e 30; — **Bravard** e **Demangeat,** *Droit comm.*, V, pag. 391 e seg.; — **Boistel,** *Cours*, num. 1034; — **Lyon-Caen** e **Renault,** *Traité*, VII, num. 589, e la giurisprudenza citata da questi autori.

(139) **Guariglia,** *Conc.*, pag. 208; — **Masi,** *Fallim.*, II, pag. 522; — **Vidari,** *Corso*, IX, num. 8476; — **Borsari,** *Il Cod. di comm.*, num. 1825; — **Cavo,** *Conc.*, num. 38.

tanti, ma sul numero di tutti i creditori aventi diritto al voto. Nulla prova in contrario l'art. 835. Questo articolo stabilisce: " Il concordato deve essere sottoscritto nella stessa adunanza in cui è consentito. Se è solamente consentito dalla maggioranza in numero dei creditori presenti o dalla maggioranza di tre quarti della somma totale dei crediti, ed ancorchè non vi sia nè l'una, nè l'altra maggioranza, ma il concordato sia assentito da un numero notabile di creditori, il giudice delegato, quando gli assenzienti non dichiarino di rivocare il dato consenso, può rimandare la deliberazione ad altra adunanza, ovvero stabilire un termine per raccogliere altre adesioni ". L'art. 835 non ha nulla da vedere coll'*accettazione* del concordato: anzi prevede e regola l'ipotesi opposta di *non accettazione*. Quando il concordato *non sia accettato* perchè le maggioranze volute dall'art. 833 *non furono raggiunte*, la legge consente che si indica una nuova adunanza, allo scopo di ottenere in essa mediante nuove adesioni le maggioranze volute: o, senza indire una nuova riunione, si stabilisca addirittura un termine per raccogliere direttamente altri voti favorevoli. Ma perchè ciò sia consentito, occorre che si sia ottenuta, fin dalla prima adunanza, l'adesione o della maggioranza dei creditori presènti, o di un numero notevole di creditori, o di tanti creditori che rappresentino almeno i tre quarti dei crediti. Se nessuna di queste condizioni si verifica, il concordato s'intende rigettato definitivamente e bisognerà riproporlo di nuovo. Ora dal fatto che la legge, *per permettere la continuazione delle trattative*, richiede che il concordato abbia ottenuto il voto favorevole della maggioranza dei presenti, non si può dedurre, che la maggioranza dei presenti basti anche per l'*accettazione definitiva*. Altro è dichiarar concluso il concordato, altro è permettere che si convochi un'adunanza *per la conclusione*. Nè si dica che, poichè la maggioranza in somma richiesta per il rinvio dell'adunanza è la stessa di quella richiesta per l'accettazione, anche la maggioranza in numero deve essere la stessa. La smentita di questa deduzione si trova nello stesso articolo 835, che consente il rinvio anche quando si sia raccolta l'adesione *di un numero notabile di creditori!* (140). L'errore del ragionamento che

(140) E vedremo fra breve che, in questo caso il numero dei creditori deve essere *notabile* non di fronte al numero degli intervenuti, ma di fronte al numero *totale* dei creditori aventi diritto a voto. V. più oltre, num. 207.

combattiamo sta tutto qui: *nell'indurre da una certa somiglianza tra le condizioni per l'accettazione e quelle per il rinvio dell'adunanza una identità che non sussiste.* La legge, è vero, si è accontentata della semplice maggioranza dei presenti per il rinvio: aggiungiamo che si è accontentata anche di meno, e cioè dell'adesione di un *numero notabile* di creditori. Ma ciò significa che si debba accontentare della stessa maggioranza quando si tratta dell'*accettazione* del concordato? Dall'art. 835 dunque non si desume nulla contro la nostra interpretazione. Invece, ci sono altri argomenti che ne dimostrano l'esattezza:

a) Vi è una perfetta corrispondenza tra la locuzione usata dalla legge per la maggioranza *di numero* e quella usata per la maggioranza *di somma.* Riguardo alla prima è detto, che non c'è concordato, senza il consenso *della maggioranza,* cioè *della metà più uno di tutti i creditori, i crediti dei quali furono verificati od ammessi provvisoriamente.* Riguardo alla seconda è detto che non c'è concordato, se la maggioranza assenziente non *rappresenta i tre quarti della totalità dei crediti verificati od ammessi provvisoriamente.* Qui si richiede *i tre quarti di tutti i crediti verificati od ammessi:* là si richiede la *metà più uno di tutti i creditori verificati od ammessi.* Ora, se la *totalità dei creditori verificati od ammessi* non è altro che la somma di tutti i crediti che costituiscono il passivo accertato del fallimento, la *totalità dei crediti verificati od ammessi* non può essere che la *somma di tutti i creditori* che costituiscono la massa accertata del fallimento.

b) Basta porre a raffronto l'art. 507 del *Code de commerce,* modificato dalla legge 28 maggio 1838, coll'art. 833 del nostro Codice, per concluderne che il nostro legislatore *ha voluto espressamente* risolvere la questione agitata in Francia (e che non poteva ignorare) nel senso che qui si sostiene. Diceva l'art. 507: " Ce traité ne s'établira que par le concours d'un nombre de créanciers formant la majorité, et représentant, en outre, les trois quarts de la totalité des créances vérifiées et affirmées, ou admises par prévision, conformément à la sect. V du chap. V: le tout à peine de nullité ". Qui per lo meno il dubbio era possibile: la legge diceva espressamente che la maggioranza di somma doveva calcolarsi sulla *totalità dei crediti,* e, quanto alla maggioranza di numero, si limitava a richiedere il concorso della metà più uno dei creditori. Nel nostro art. 833 le cose stanno molto diversamente. La legge dichiara bensì,

come faceva il *Code de commerce*, che la maggioranza di somma deve calcolarsi sulla *totalità dei crediti*, ma aggiunge che anche la maggioranza di numero è costituita dalla metà più uno " *di tutti i creditori, i crediti dei quali furono verificati od ammessi provvisoriamente* „. Ora questa aggiunta che cosa può significare se non che si è voluto espressamente estendere al computo della maggioranza in numero quello che era già detto chiaramente per la maggioranza in somma?

c) Quando la legge, come per il rinvio dell'adunanza (art. 835), si è accontentata della maggioranza *dei presenti*, non soltanto ha aggiunto espressamente che occorreva la metà più uno *dei presenti*, ma ha soppresso la parola " *tutti* „ che si trova nell'art. 833. Invece di dire che è necessaria la maggioranza *di tutti i creditori*, ha detto che occorre la maggioranza *dei creditori presenti*. Duplice mutamento nell'espressione legislativa, il quale dimostra eloquentemente quanto sia diverso nei due casi il concetto della legge (141).

206. *B) Maggioranza in somma.* La maggioranza in somma necessaria per l'accettazione del concordato è quella dei tre quarti di tutti i crediti danti diritto a voto, cioè di tutti i crediti verificati od ammessi provvisoriamente, eccettuati i privilegiati od ipotecari (art. 833_1 e 834_1: v. num. 194 e seg.). S'intende che a formare la maggioranza possono concorrere tutti i crediti sui quali la maggioranza deve essere calcolata: e perciò la maggioranza potrà essere formata anche da soli crediti ammessi provvisoriamente. Se si decidesse altrimenti, si darebbe ai crediti ammessi provvisoriamente la potestà di costituire la maggioranza *contraria* all'accettazione e

---

(141) Nel senso del testo: **Calamandrei**, *Fallim.*, II, num. 678; — **Bolaffio**, *Foro*, 1897, 103, testo e nota *g)*; — **Ridolfi**, nella *Legge*, 1891, I, 95 e seg.; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 864. — In Francia la questione è risolta legislativamente nel senso del testo dall'art. 15_2 della legge 4 marzo 1889, applicabile al fallimento per l'art. 20 stessa legge: v. **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 589; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2072. — Anche lo *Schema* **Mortara**, ha saggiamente eliminato ogni dubbio, v. art. 825: " Il concordato non può farsi se non coll'adesione *della maggioranza dei creditori ammessi al voto*, la quale rappresenta tre quarti almeno della totalità dei crediti... „. Espressamente anche la *Konkursordnung germ.*, § 182: " Per l'accettazione del concordato si richiede: 1° che la maggioranza dei *creditori aventi diritto al voto* vi assenta „.

non già la maggioranza *favorevole*. La legge invece, ammettendoli come i verificati alle deliberazioni del fallimento, ha voluto trattarli alla stessa stregua: come si desume del resto dalla legge stessa, la quale, prevedendo il caso di variazioni nei crediti ammessi provvisoriamente (art. 833_2), dichiara che sono senza influenza sulla validità del concordato concluso (142).

Art. 3. — Proroga della votazione.

Sommario: 207. Condizioni per la proroga della votazione. — 208. Come può continuare la votazione. — 209. Condizione giuridica del fallito e dei creditori durante la votazione. — 210. Risultati della votazione.

207. Quando non si sia ottenuta la duplice maggioranza, il concordato è nullo (art. 833_1) e neanche i creditori, che lo hanno assentito, restano vincolati alle concessioni fatte nel voto. Ciò si comprende, perchè l'assenso non è dato dai creditori *uti singuli*, ma come membri della collettività. Da ciò deriva che se, nell'adunanza in cui avviene la votazione, la duplice maggioranza non si raggiunge, il concordato s'intende respinto e la votazione non può nè continuare, nè ripetersi. Occorre una nuova domanda di convocazione, una nuova proposta, una nuova riunione che — come abbiamo veduto — possono sempre farsi, durante tutto il corso della procedura di fallimento, anche quando sia incominciata la ripartizione dell'attivo (143).

Questa è la regola. La quale però è temperata da qualche eccezione. In alcuni casi, la legge consente che non si ritenga definitivamente respinto il concordato, ma si *continui* la votazione per vedere se altre adesioni aggiungendosi a quelle già ottenute, possa la votazione chiudersi coll' accettazione del concordato da parte delle due maggioranze prescritte. Dispone pertanto l'art. 835 al. 1 e 2: " Se [il concordato] è solamente consentito dalla maggioranza in numero dei creditori presenti, o dalla maggioranza di tre quarti della somma totale dei crediti, ed ancorchè non vi sia nè l'una nè

(142) A. Roma, 11 febbraio 1888, *Cons. comm.*, 1888, 176; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 865. — Contr. **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 222.
(143) V. sopra, num. 165.

l'altra maggioranza, ma il concordato sia assentito da un numero notabile di creditori, il giudice delegato, quando gli assenzienti non dichiarino di rivocare il dato consenso, può rimandare la deliberazione ad altra adunanza, ovvero stabilire un termine per raccogliere altre adesioni. In caso di qualunque mutamento nelle condizioni del concordato, gli assensi dati nella prima adunanza sono senza effetto „.

Perchè la votazione non sia dichiarata chiusa definitivamente col rigetto del concordato per mancanza delle maggioranze prescritte, occorrono dunque due condizioni:

a) La votazione deve aver dato uno dei tre seguenti risultati: cioè o l'adesione di tanti creditori che rappresentino i tre quarti della totalità dei crediti danti diritto a voto — oppure l'adesione della metà più uno dei creditori *presenti:* — o, infine, l'adesione di un numero di creditori che, anche senza costituire la maggioranza dei presenti, sia sempre *notevole*, di fronte al numero totale dei creditori ammessi al voto.

Quest'ultima ipotesi merita qualche osservazione. Ad una prima lettura dell'articolo, può sembrare che l'ipotesi dell'approvazione da parte della maggioranza dei presenti sia assorbita dall'altra dell'adesione da parte di un numero notevole di creditori. Se basta l'assenso di un numero notevole, a più forte ragione basterà quello della maggioranza. Ma questa stessa considerazione, che condurrebbe ad affermare la inutilità di una disposizione legislativa, ci dimostra che l'art. 835 non può interpretarsi a questo modo. La interpretazione esatta sgorga da una semplice osservazione: mentre la legge prescrive che la maggioranza necessaria per far continuare la votazione si calcola sul numero dei crediti *presenti*, si limita poi ad affermare che la continuazione è possibile anche quando il concordato " *sia assentito da un numero notabile di creditori* „. Ora, poichè non si può supporre che la legge abbia dettato una disposizione inutile, come quella di esigere l'assenso della *maggioranza*, quando poi dichiara sufficiente l'assenso di un *numero notevole,* si deve concludere che, in mancanza della maggioranza dei presenti, basta l'adesione di un numero di creditori *notevole di fronte al totale dei creditori ammessi al voto*. In questo modo la triplice ipotesi dell'art. 835 assume un valore ed un significato ben preciso: in questo modo si dà al giudice delegato un criterio abbastanza esatto per determinare quando concorre il *numero no-*

tevole voluto dalla legge. Può darsi che non si sia raggiunta la maggioranza in somma di tre quarti dei crediti, nè la maggioranza in numero dei creditori votanti: in questo caso basterà l'assenso di un numero notevole di creditori. Ma, può darsi anche che, non essendosi raggiunta la maggioranza in somma, per il piccolo numero degli intervenuti, non si sia neppure raccolta l'adesione di un numero di creditori *notevole* di fronte al totale della massa chirografaria; benchè, peraltro, tutti, o anche una parte considerevole degli *intervenüti* abbia assentito. Alla legge non è sembrato giusto che la negligenza della maggior parte debba mandar definitivamente a monte il concordato, ed ha prescritto la continuazione della votazione anche quando si sia conseguita la semplice maggioranza *dei presenti*. Ecco come l'art. 835_2, in tutte e tre le sue ipotesi, assume un significato logicamente giusto e praticamente opportuno.

b) Coloro che hanno assentito debbono non revocare il dato consenso. La legge non richiede che essi *dichiarino di non revocarlo:* si accontenta che tacciano, cioè *non dichiarino di revocarlo.* Il silenzio qui equivale a mantenimento del consenso. Non è necessario che il consenso sia in tal modo mantenuto da tutti gli assenzienti: anche se qualcuno dichiara di revocarlo, la continuazione della votazione sarà sempre possibile quando coloro che non hanno fatto la dichiarazione rappresentino o i tre quarti dei crediti, o la maggioranza dei creditori presenti, o un numero notabile di creditori, di fronte al totale di quelli che compongono la massa. L'essenziale è che, malgrado le defezioni, permangano le due condizioni, alle quali la legge subordina la continuazione della votazione (144).

Concorrendo queste due condizioni, il giudice delegato *può* ordinare la continuazione della votazione. Si tratta di un potere discrezionale concesso al magistrato, il quale ordinerà la continuazione, quando questa offra speranza di successo; dichiarerà rigettato e nullo il concordato, quando, malgrado il concorso di quelle due condizioni, il raggiungimento delle due maggioranze non sembra probabile (145).

---

(144) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 885; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8495.

(145) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 884 e 886; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8497; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 214. — Anche in Francia, dove l'art. 509, *Code de*

L'ordinanza con cui il giudice decide sulla continuazione della votazione non è soggetta a richiamo (art. 910).

208. La continuazione della votazione può farsi in due modi, a scelta del giudice delegato: — o indicendo un' altra adunanza, dove altre adesioni possono essere prestate — o stabilendo un termine per raccogliere adesioni, anche all'infuori dell'adunanza. Nulla vieta al giudice di usare l'uno e l'altro mezzo, vale a dire, di indire una nuova adunanza e contemporaneamente di stabilire un termine entro il quale possano raccogliersi le adesioni dei creditori non intervenuti (146).

Abbiamo sempre parlato di *continuazione della votazione*. Egli è che di una vera e propria *continuazione della votazione* si tratta nelle tre ipotesi dell'art. 835. Il sistema del Codice vigente in questo punto è assai diverso da quello del Codice cessato, e differisce anche dai sistemi accolti in alcune legislazioni straniere. Che di una vera *continuazione della votazione* si tratti, e non già di una *rinnovazione della votazione* (come era nel Codice del 1865, ed è tuttora nel *Code de commerce* e nella *Konkursordnung* germanica), lo dimostrano le osservazioni seguenti:

a) nella seconda adunanza non è necessario che i creditori, i quali avevano già assentito nella prima, rinnovino il loro voto. Gli assensi dati nella prima adunanza, se non sono revocati prima che il giudice abbia indetto la nuova adunanza (e se lo sono l'adunanza non si tiene più addirittura), *non possono più revocarsi* (147). Solo nel

---

commerce, prescrive assolutamente che " la délibération sera remise à huitaine ", gli autori e la giurisprudenza concedono facoltà al giudice di non ordinare la convocazione quando il fallito vi rinunci: v. A. Bourges, 11 aprile 1894, *Dalloz*, 1895, 2, 589, con nota del **Boistel**; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 595. — Secondo l'Ord. germ., § 182, cap. 2°, se una sola delle due maggioranze è raggiunta, il debitore può domandare la rinnovazione della votazione: v. **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 619, annot. 7.

(146) A. Milano, 29 dicembre 1885, *Foro*, 1886, 356. — Il termine è perentorio: nè si può tener conto di adesioni pervenute dopo la sua scadenza: v. A. Torino, 31 ottobre 1890, *Giurispr.*, 1890, 779.

(147) L'equivoco del **Guariglia**, *Concord.*, pag. 214, il quale dichiara sempre revocabili gli assensi dei creditori, dipende da ciò, che egli non ha distinto fra il periodo *antecedente* alla decisione del giudice, e il periodo *posteriore*. — Prima che si chiuda l'adunanza, ognuno, è vero, può revocare il consenso: la

caso, in cui avviene un mutamento nelle condizioni della proposta di concordato, i consensi dati rimangono senza effetto e *la votazione deve rinnovarsi* (art. 835_3). Ma tranne quest'ultimo caso, nel quale si tratta addirittura di una nuova proposta di concordato, negli altri, in cui la proposta rimane la stessa, non si fa che raccogliere i voti di chi ancora non ha assentito. Il che significa non già *rinnovare*, cioè tenere per nulla la prima votazione e farne una seconda, ma *continuare* la votazione incominciata. È insomma un tenere ancora *aperte le urne*, in un'altra seduta, per il completamento della votazione;

b) il giudice può non solo indire un'altra adunanza: ma anche " stabilire un termine per raccogliere altre adesioni ". Anche questo che cosa significa, se non che la votazione, non compiuta nell'adunanza, continua entro il termine stabilito? Qui le urne rimangono — per così dire — *aperte in permanenza* durante quel periodo, ed il giudice delegato è autorizzato a ricevere i voti dei creditori ritardatari fuori dell'assemblea.

209. Quale è la condizione giuridica del fallito, dei suoi fideiussori o garanti, e dei creditori durante questo intervallo, durante il quale la votazione continua: cioè, nell'intervallo tra la decisione del giudice delegato di continuare la votazione, e la chiusura definitiva della votazione?

Il fallito ed i suoi garanti si trovano in questa condizione: essi hanno fatto una proposta, la quale non è stata ancora nè accettata nè respinta dall'assemblea, perchè questa non ha finito di deliberare. Fino a tanto che la votazione non è terminata e l'accettazione delle masse non ha perfezionato il contratto, nulla impedisce loro di revocare la proposta e di impedire la conclusione del concordato (148).

I creditori invece si trovano in questa condizione. Essi hanno *intrapreso*, ma non *terminato* ancora, la deliberazione che costituirà la loro risposta alla offerta del fallito: deliberazione che potrà es-

---

legge lo dice espressamente. Ma essa dice altrettanto espressamente che, indetta la nuova adunanza, il consenso non può revocarsi che in caso di mutamento nelle *condizioni* del concordato. Esattamente: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 820.

(148) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 214; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 597.

sere accettazione, e potrà essere non accettazione della proposta. Ma è noto che la deliberazione dei membri di una collettività che si governa a maggioranza non è un contratto fra i deliberanti che si perfezioni solo coll'adesione di tutti (149). Il voto dato in qualunque adunanza o comizio non è revocabile, fino a che la votazione non è compiuta: compiuta la votazione, *se la proposta fu respinta*, anche chi la votò riprende la libertà d'azione: se fu *accettata*, chi la votò ha oramai irrevocabilmente concorso a formare in quel senso la volontà della collettività. — E perciò, nel caso in cui si tratta di *continuazione della votazione*, quando cioè le proposte *non* furono variate (se furono variate, siccome l'oggetto della deliberazione di un'assemblea deve essere unico per tutti i votanti, si ha necessariamente una *nuova votazione*), i creditori che hanno votato il concordato non potranno revocare il loro voto. Il voto è dato, e, come tale, non può essere ripetuto. Questo, in sostanza, dichiara la legge quando afferma che, *decisa la continuazione*, solo una variazione nelle condizioni del concordato permette ai creditori di ritirare il voto, anzi, lo revoca *ipso iure*, perchè annulla tutta la votazione fatta, che va rinnovata: " In caso di qualunque mutamento nelle condizioni del concordato, gli assensi dati nella prima adunanza *sono senza effetto* ". Ma, *prima che la continuazione della votazione sia decisa*, la legge ha di fronte una votazione compiuta e *contraria;* essa permette di *riaprirla*, ma subordina la riapertura e la continuazione al mantenimento degli assensi. La revoca del voto *prima* della riapertura è dunque perfettamente logica.

210. Se la doppia maggioranza non si raggiunge neppure nella seconda adunanza indetta per la continuazione della votazione o nel termine assegnato per la stessa continuazione, potrà il giudice delegato prolungare ancora la votazione, indicendo una terza adunanza o stabilendo un secondo termine? A noi sembra che nulla si opponga a che il giudice prolunghi ancora la votazione: il Codice vigente (diversamente dal *Code de commerce*, art. 509 e dal Codice del 1865, art. 620) non stabilisce alcun termine, *entro il quale* la votazione deve avvenire. Il giudice può fissare la nuova

(149) V. **Gierke**, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, I, pag. 284, nota 8; — **Bekker**, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, § 94, pag. 87; — **Fadda** e **Bensa**, *Note al* **Windscheid**, I, pag. 845.

adunanza per quel giorno che a lui sembra più opportuno, e stabilire quel termine per raccogliere le nuove adesioni, che a lui sembra più adatto. Perchè dunque non potrà allungare il termine che è nel suo arbitrio di stabilire, fin dal principio, lungo quanto a lui piace? (150).

Art. 4. — Forma del voto e chiusura della votazione.

Sommario: 211. Come possa esser dato il voto. — 212. Voto inviato per iscritto. — 212[bis]. Sottoscrizione dello scritto col quale fu manifestato il voto. — 213. Verbale della votazione. — 214. Variazioni nel numero dei creditori e nella quantità dei crediti dopo la votazione.

211. Assai delicata è la questione intorno al *modo* con cui può esser dato il voto per il concordato. — Osserviamo anzitutto che a costituire il voto, non basta una qualunque manifestazione della volontà: non ogni manifestazione della volontà di chi ha diritto al voto, è voto. Voto è soltanto la *dichiarazione solenne del proprio parere che il membro di una collèttività come tale esprime, in un luogo e in un tempo determinato*, *alle persone destinate a raccoglierlo.* E perciò, se il parere non è dichiarato a queste persone, nel tempo e nel luogo indicati, il voto come tale è *inesistente*, per mancanza di un elemento costitutivo.

Da ciò consegue:

a) Che nel concordato di maggioranza, in cui i creditori non aderiscono *uti singuli*, ma *votano* come membri di una collettività, non si può far questione di *prova*, come è possibile invece nel concordato amichevole (151). Il voto non è un fatto di cui il magistrato non ha notizia, e che le parti debbono provare: la dichiarazione di voto, per esser tale, deve essere fatta *al giudice delegato*, che è la persona appunto destinata a raccogliere il voto. Il magistrato qui

(150) A. Torino, 11 febbraio 1881, *La Giurispr.*, 1881, 231; — A. Palermo, 12 gennaio 1891, *Circolo giuridico*, 1891, 119; — A. Catanzaro, 26 aprile 1892, *Foro, Rep.*, 1892, voce *Fallimento*, num. 247; — **Sraffa**, nell'*Arch. giur.*, XLIX, 590 e seg.; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 883. — Contr. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 215; — **Mortara**, nella *Giur. it.*, 1892, 133; — A. Casale, 31 dicembre 1891, *Foro*, 1892, 454.

(151) V. sopra, num. 105.

ha notizia *diretta* del voto, perchè è l'unico competente a riceverlo e ad accertarlo;

b) Che nel concordato di maggioranza, in cui i creditori non manifestano comunque la loro volontà, ma *votano,* non possono gli assensi essere dati che mediante *manifestazione espressa*, cioè mediante *dichiarazione* a *voce* o *per iscritto.* Il giudice che deve raccogliere il voto non è tenuto a fare una indagine circa la volontà di ciascun creditore: è questo che deve, in modo chiaro, ed escludente ogni dubbio, *dichiarare* il suo voto al giudice.

212. Ciò premesso, restano ancora alcuni dubbi intorno al modo con cui può esser dato il voto. Questi dubbi sono di due specie:

a) Il voto deve essere dato *personalmente* da chi ha diritto al voto, o può esser dato anche a mezzo di *mandatario*?

b) Il voto deve essere dato *di presenza* dal votante, e quindi coll' intervento del votante nel luogo destinato per il voto, oppure può essere semplicemente *inviato* per iscritto, senza la presenza del votante?

La prima questione — come vedemmo — è risolta testualmente dal Codice all'art. 907_3, il quale stabilisce che " i creditori possono intervenire in persona o a mezzo di mandatario ". Ciò è conforme al sistema del diritto privato vigente, che ammette, di regola, la rappresentanza in tutti i negozi giuridici (152). Diversamente è nel diritto pubblico, *in cui il diritto di voto* di regola, deve essere esercitato *personalmente.*

Grave è invece la seconda questione, di importanza pratica non lieve, e che va acquistando sempre maggior rilevanza, man mano che il commercio da locale si va facendo mondiale, e che pei creditori lontani e sparsi diventa più difficile e disagevole recarsi di persona a votare il concordato o anche, per la mancanza di relazioni sicure nella piazza, di farvisi rappresentare, e diventa invece più semplice e comodo inviare da lontano il proprio voto mediante lettera o telegramma. Tanto la dottrina quanto, e più ancora, la giurisprudenza, la quale *sente* più da vicino e più direttamente la vita degli affari, si sono ormai, dopo qualche oscillazione e salvo qualche divergenza, decise nel senso della piena validità del voto

(152) V. num. 173.

dato da lontano, anche a mezzo di semplice lettera o telegramma. E giustamente, a noi sembra.

Non è dubbio, intanto, che quando il giudice ha fissato un termine per raccogliere le adesioni, queste possono essere inviate per iscritto, invece di essere prestate di presenza, in persona o a mezzo di mandatario, davanti al giudice delegato. La legge (art. 835_2) parla di adesioni *raccolte*, col qual termine generico ha voluto evidentemente comprendere così le adesioni *prestate di presenza*, come le adesioni *inviate* (153). Non essendovi adunanza dei creditori, non può parlarsi di *intervento* dei creditori, ed è esclusa *a priori* la possibilità di applicare l'art. 907_3, il quale disciplina appunto l'*intervento* dei creditori nelle adunanze, e al quale — come ora vedremo — si richiama chi nega la possibilità di un voto *inviato per iscritto*.

Ma la stessa soluzione deve adottarsi nel caso in cui la votazione avviene *nell'adunanza*. Per giungere ad una soluzione sicura, l'indagine da farsi è duplice: dobbiamo cioè domandarci se l'obbligo dell'*intervento* nell'adunanza, e perciò il divieto di manifestare il proprio voto per iscritto e da lontano, risulta dalla natura stessa della manifestazione di volontà costituente il voto, o almeno, se tale obbligo risulta da disposizioni di legge che hanno prescritto questa cautela per meglio assicurare la sincerità e la realtà del voto:

a) Il voto — dicemmo — è la dichiarazione di volontà fatta all'epoca stabilita alle persone legalmente destinate a raccoglierla. Questo soltanto è essenziale per il voto. Può darsi poi che in alcuni casi, al voto si faccia precedere una *discussione* che valga a meglio illuminare i votanti, stabilendosi che la votazione debba avvenire e compiersi subito dopo terminata la discussione. Ma può darsi anche che siano determinati uno o più giorni, nei quali, senza discussione e liberamente, ciascun votante possa, per suo conto, manifestare il suo voto. Questo avviene appunto nel caso in cui il giudice delegato stabilisca un termine per raccogliere adesioni: mentre, negli altri casi, si tratta appunto di un voto preceduto

(153) La giurisprudenza e gli autori si sono appunto pronunciati in questo senso: v. A. Venezia, 11 maggio 1888, *Temi veneta*, 1888, 920; e 27 agosto 1889, *Temi veneta*, 1889, 564; — A. Aquila, 19 febbraio 1889, *Rep., Foro*, 1889, num. 228; — Cass. Torino, 24 settembre 1896, *Foro*, 1896, 1339; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 888; — **Bolaffio**, *Foro*, 1897, 102; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8501.

immediatamente da una discussione nella riunione a tale scopo convocata. Tutta la differenza adunque tra il caso in cui il voto è dato in una *riunione*, e il caso in cui il voto è dato *senza riunione*, sta appunto in ciò, che nel primo si dà il diritto a ciascun membro della collettività di esporre le proprie idee, discutere le altrui, far prevalere la propria opinione: mentre nel secondo tutta questa parte polemica è soppressa ed ognuno deve limitarsi ad esprimere il proprio avviso su proposte già concretate. Ma se così stanno le cose, è evidente che l'assistere alla riunione è un *diritto*, non un *obbligo* dei votanti. Ed è un diritto a cui possono rinunciare, se credono di poter dare voto favorevole al concordato proposto senza assistere nè prender parte alla discussione. Si tratta di una garanzia stabilita nell'interesse dei *dissenzienti*: nulla di più naturale che coloro che intendono assentire vi rinunzino, a risparmio di tempo e, qualche volta, di spese. Ora se nessuno trova difficoltà ad ammettere l'adesione inviata per iscritto nel caso di votazione *fuori della riunione*, perchè se ne dovrebbe trovare ad ammetterla per la votazione *nella riunione*, quando ai maggiori diritti che gli concederebbe quest'ultima il creditore rinunzia spontaneamente?

b) Ma potrebbe darsi che per assicurare la sincerità del voto, si impedisse ai creditori di votare il concordato senza assistere alla riunione, e si prescrivesse pertanto che non fosse efficace, per l'accettazione del concordato, il voto di chi non è intervenuto all'adunanza. Questo faceva appunto il Codice italiano del 1865 (art. 620): questo fa il *Code de commerce* (art. 509), e la legge belga (art. 515): pei quali il concordato deve essere sottoscritto *seduta stante a pena di nullità*. Questa disposizione non disciplina direttamente il *voto*; da essa però indirettamente, ma necessariamente, deriva l'obbligo che gli assensi al concordato siano dati *di presenza e nella riunione*. Se il concordato, il quale ha ottenuto bensì le maggioranze di legge, ma che non sia stato sottoscritto seduta stante da tutti i creditori formanti la maggioranza, è nullo, ciò significa che il voto deve essere dato di presenza e che non si tien conto dei creditori che hanno assentito senza aver sottoscritto. Questa sanzione di nullità è scomparsa nel Codice italiano vigente, il quale si limita a prescrivere che il concordato deve essere sottoscritto seduta stante. Scomparsa la sanzione di nullità, la regola, che il concordato deve essere sottoscritto seduta stante, non ha più nessuna importanza circa la possibilità di aderire al concordato anche senza essere in-

tervenuto alla riunione. La disposizione dell'art. 835, diventa un precetto rivolto al giudice delegato perchè curi che i creditori *presenti* sottoscrivano il contratto votato: diventa una norma diretta ad assicurare, mediante la sottoscrizione degli aderenti *presenti*, l'adesione di questi a tutti i patti del concordato, e ad impedire che nascano in seguito contestazioni sulla vera portata del voto. Ma poichè, anche se la sottoscrizione non avviene, il concordato è valido egualmente e l'accettazione resta documentata nel verbale dell'adunanza (art. 832_3), non si può più, neppure indirettamente, dedurre dalla prescrizione dell'art. 835_1, che l'adesione, per essere valida, deve risultare da sottoscrizione prestata nell'adunanza. *La inefficacia dell'adesione per lettera è una conseguenza necessaria dell'inefficacia delle adesioni non risultanti dalla sottoscrizione del concordato. Ma, affermata la efficacia delle adesioni non risultanti da sottoscrizione, ne deriva come conseguenza necessaria la validità delle adesioni inviate per iscritto senza intervento dell'aderente nella riunione.*

Si è opposto che un divieto di aderire al concordato senza intervenire all'adunanza si desume dall'art. 907_3, il quale stabilisce che i creditori possono intervenire in persona o mediante mandatario: non, quindi, aderire per lettera senza intervenire. Ma l'art. 907_3 non ha nulla di comune colla nostra questione: esso si è proposto (154), di risolvere l'altra questione, affatto diversa, circa la *ammissibilità della rappresentanza nella votazione del concordato*, e, in genere, in tutte le votazioni occorrenti durante la procedura di fallimento. Dall'aver permesso la rappresentanza non deriva che abbia vietato la votazione per lettera. Se, sotto qualche aspetto, l'aderire di lontano e per iscritto è qualche cosa di più che aderire a mezzo di mandatario, sotto qualche altro aspetto, invece, è qualche cosa di meno, perchè chi aderisce per lettera, vota *personalmente*. E perciò non regge l'interpretazione a contrario dell'art. 907_3.

Il divieto delle adesioni per iscritto non si può desumere dunque nè dai principî generali, nè da singole disposizioni di legge. Alcuni argomenti desunti dalla legge positiva lo smentiscono completamente.

a) Se si ammette — come è opinione universale — che per lettera possano essere prestate le adesioni, quando il giudice dele-

---

(154) V. sopra, num. 173.

gato abbia stabilito un termine per completare la votazione, non si può negare la medesima possibilità quando la votazione segue nella riunione. Si noti bene che la legge non ha detto esplicitamente, neppure nel caso della continuazione entro un termine stabilito, che il voto può essere dato per lettera. Ma evidentemente questa disposizione *presuppone* una tale possibilità. Ciò significa che, nel concetto legislativo, nulla si oppone a che il voto sia dato *non di presenza;* significa che questo è il principio generale, nel presupposto del quale, la disposizione concernente la concessione di un termine, fu scritta nel Codice. Se si fosse trattato di derogare ad un principio così importante, l'art. 835_2 non sarebbe completamente muto su questo riguardo. Nè può dirsi che la pretesa deroga al principio dell'inammissibilità della adesione per iscritto, è implicita nella disposizione che permette la concessione di un termine per raccogliere altre adesioni. A rigore, questa norma non sarebbe incompatibile coll'altra: se davvero quel divieto fosse scritto nel Codice, si dovrebbe concludere che le ulteriori adesioni debbono essere date direttamente dal creditore o da un suo mandatario al giudice delegato. Ma la conclusione sarebbe così poco pratica, e la regola che ne deriverebbe così irragionevole, che non si può ritenere sia stata voluta dal legislatore. E allora, se questi ha taciuto, vuol dire che non aveva bisogno di parlare, cioè che la *deroga* era inutile *perchè il divieto non esisteva.*

b) La nostra legge, a differenza della francese (art. 509), della belga (art. 515), della germanica (§ 182), e del Codice preesistente (art. 620), non considera il rinvio della deliberazione sul concordato ad altra adunanza e la fissazione di un termine come un *rinnovamento* della votazione, ma come una *continuazione* della votazione incominciata: tanto vero che, decisa la nuova adunanza o fissato il termine, i creditori assenzienti non possono, di regola, revocare gli assensi (155). Ciò importa che la votazione eseguita nel termine prefisso, anche se fatta — come nessuno contrasta — mediante invio di adesioni per lettera, è una *continuazione* della votazione *incominciata nella riunione.* Ora non sarebbe assurdo se si ammettesse nella *continuazione* un mezzo per esprimere il proprio voto che era vietato nel *principio*?

---

(155) V. più sopra, num. 207 e 209.

c) Come fu acutamente osservato (156), se si ammette che le adesioni per lettera sono valide dopo l'adunanza, non prima, o si riconosce che le adesioni inviate prima dell'adunanza e inefficaci nell'adunanza, diventano valide poi; — o si esige che le adesioni siano addirittura *inviate* dopo l'adunanza. Nel primo caso si sancisce l'assurdo: nel secondo si aggiunge alla legge.

d) La legge permette che il mandato a rappresentare nell'adunanza e quindi a votare sia dato per semplice lettera (157): sarebbe assurdo che fosse negato di fare direttamente ciò che è permesso di fare, servendosi di un intermediario.

Ma la dottrina che qui si difende, oltre ad essere sorretta dalla lettera della legge, oltre ad essere una conseguenza logica e necessaria del sistema di questa, ha anche il pregio di rispondere ad un bisogno vivo e sentito della pratica: al bisogno cioè che la difesa dei proprî interessi, e l'esercizio dei proprî diritti, sia reso possibile anche ai creditori lontani, dispersi, privi di buone e sicure relazioni sul luogo, dove la procedura di fallimento si svolge.

A questa interpretazione degli art. 833 e 835 sono state fatte varie obbiezioni. Si è detto, che se tutti i creditori potessero aderire per lettera, non si comprenderebbe a che cosa potrebbe servire la relazione che la legge impone al curatore di fare nell'adunanza, a pena di nullità (158). Rispondiamo, che la legge impone bensì al curatore di presentare una relazione scritta, ma non già di leggerla o farla verbalmente all'adunanza: anzi, vedemmo che la mancanza del curatore nella riunione, quando la relazione sia stata da lui presentata al giudice delegato, non importa nullità dell'adunanza (159). La legge ha imposto questo obbligo al curatore, perchè i creditori, che vogliono essere informati sulle condizioni del fallimento, lo possano senza difficoltà: se alcuni, o anche tutti, ritengono sufficienti le notizie che hanno, e vogliono aderire ugualmente al concordato, nessuno lo può impedir loro: e neppure certo una norma stabilita dalla legge nel loro interesse.

Si è detto che la legge (art. 835_2) permette il rinvio dell'adu-

---

(156) **Bolaffio**, *Foro*, 1899, 102.

(157) V. sopra, num. 174.

(158) Corte d'Appello di Firenze, 19 dicembre 1896, *Foro*, 1897, 110; — **Pagani**, nel *Dir. comm.*, 1897, 351.

(159) V. sopra, num. 178.

nanza, fra l'altro, quando il concordato abbia ottenuto l'assenso della maggioranza dei *presenti:* dal che si deduce che la legge considera valide solo le adesioni dei presenti, non già quelle inviate dai creditori *non intervenuti.* Ma da una parola (dovuta probabilmente al mancato coordinamento dell'art. 835 coll'833 (160)) che la legge adopera ad altro proposito, non si può desumere un divieto come quello di cui si tratta: la legge ha fatto l'ipotesi *normale,* di intervento di tutti gli assenzienti. Ma, evidentemente, se l'ipotesi normale non si è verificata, e vi sono degli assenzienti non intervenuti, la disposizione dell'art. 835_2 si applicherà per analogia; e come *presenti* saranno considerati tutti gli *assenzienti* — siano o no materialmente intervenuti. Del resto chi aderisce al concordato per lettera, vuole che lo si consideri come presente e accettante: nulla impedisce perciò che tale lo consideri anche la legge.

Si è detto che, se fosse permesso assentire senza intervenire, sarebbe di impossibile applicazione quella disposizione dell'art. 835_2, per cui il rinvio dell'adunanza è deciso dal giudice delegato quando " gli assenzienti non dichiarino di revocare il dato consenso ". Come potrebbero infatti decidersi per il mantenimento o la revoca del consenso i creditori che non sono presenti e che hanno assentito per lettera? (161). Non è difficile rispondere: La legge non prescrive già che i creditori assenzienti *dichiarino di non revocare il consenso*: essa si accontenta, perchè la votazione possa proseguire, che essi *non dichiarino di revocare il consenso.* Manca quindi la necessità che gli assenzienti dichiarino nella riunione se intendono o no di revocare il consenso. Se tacciono, s'intende mantenuto il consenso. La posizione allora dell'assenziente per lettera è molto chiara. O egli intende di assentire solo a patto che il concordato si concluda nella prima adunanza, e lo dichiara nella lettera: il non essersi verificata la conclusione, fa cadere definitivamente il consenso, che s'intende revocato. Oppure non ha niente da opporre a che si tenti la proroga della votazione, e allora darà il suo assenso incondizionatamente. Egli si è messo così nella impossibilità di revocare il consenso perchè il suo silenzio è interpretato come mantenimento del consenso. Ma egli sapeva tutto

(160) V. num. 203.
(161) **Pagani**, *Dir. comm.*, 1897, 352.

ciò al momento di assentire per lettera: e se ha assentito incondizionatamente, vuol dire che intendeva mantenere il consenso.

Si è detto ancora che l'art. 835_3 dichiara esplicitamente che gli assensi non possono essere dati fuori dell'adunanza: " In caso di qualunque mutamento nelle condizioni del concordato, gli assensi dati nella prima adunanza sono senza effetto ". Ma in questa disposizione non è detto affatto che l'assenso deve essere dato colla presenza dell'assenziente. Si parla di assensi dati nella prima adunanza: il che è ben differente. *Dati nella prima adunanza* sono anche gli assensi degli aderenti per lettera. Il voto, di persona o per lettera, non può, come tale, per la prima volta, essere dato che nell'adunanza, perchè il giorno dell'adunanza è quello fissato per dichiarare al giudice delegato la propria volontà. Le dichiarazioni emesse prima dell'adunanza non sono ancora *voto* (e perciò possono sempre revocarsi). Solo quando il giudice delegato ne prende atto nell'assemblea, si ha veramente il voto che, pertanto, è dato sempre nell'adunanza.

Si temono infine possibili pressioni e corruzioni da questa facoltà che si darebbe al fallito di racimolare adesioni alla spicciolata, facendosi rilasciare delle lettere da consegnarsi al momento opportuno al giudice delegato. Ma si risponde che il pericolo di pressioni e corruzioni non è meno grave quando il creditore interviene nell'assemblea; sarà sempre possibile al fallito accaparrarsi l'assenso del creditore disonesto o debole, tanto se questi dia il voto personalmente nella riunione, quanto se lo invii per lettera al giudice delegato, sia pure consegnando la lettera al fallito. Per impedire ogni frode bisognerebbe impedire al fallito di aver, prima dell'adunanza, rapporti coi creditori. Se questo non è possibile, non sarà certo l'intervento nell'assemblea quello che impedirà gli abusi (162).

---

(162) V. per la validità delle adesioni per lettera: A. Venezia, 27 agosto 1889, *Temi veneta*, 1889, 564; — A. Roma, 13 luglio 1897, *Temi genovese*, 1897, 574; — A. Milano, 28 aprile 1897, *Foro*, 1897, 844; — A. Genova, 22 aprile 1898, *Temi genovese*, 1898, 238; — A. Roma, 27 agosto 1898, *Mon. trib.*, 1899, 113; — Cass. Roma, 5 ottobre 1899, *Foro*, 1899, 1185; — **Guariglia**, *Concordato*, pag. 213 (implicitamente); — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 882; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 211; — **Cavo**, *Concordato*, num. 63; — **Braccio**, nel *Dir. comm.*, 1897, 58 e seg.; — **Padoan**, nel *Mon. trib.*, 1898, 221; — e sopratutti **Bolaffio**, in una nota dotta e stringentissima, *Foro*, 1897, 99 e seg.; — e *Temi veneta*, 1897, 1 e seg. — Contr.

212[bis]. Lo scritto col quale il creditore fa la dichiarazione del suo voto deve essere sottoscritto. Solo in questo modo se ne potrà accertare la provenienza dal creditore dichiarante. Ma se al giudice delegato sorgono dubbî sulla autenticità dello scritto o della lettera, potrà rifiutarsi di tener calcolo del voto. Egli solo, che raccoglie i voti, può giudicare se il voto sia stato dato da chi aveva diritto di darlo: e l'ordinanza che egli emette per decidere su questo punto è, come tutte le altre, inappellabile (art. 913). Se l'adesione è data per telegramma, questo dovrà attestare che la sottoscrizione dell'originale fu autenticata da notaio (art. 47 Cod. comm.). Lo *Schema* MORTARA (art. 822) saggiamente prescrive che l'adesione non possa esser data che per lettera, diretta al giudice delegato, e con firma autenticata dal sindaco o da un notaio. In questo modo, mentre si consacra esplicitamente il principio che il voto può esser dato anche senza intervento nella riunione, lo si circonda delle cautele necessarie per assicurarne l'autenticità e la legittimità della provenienza.

213. La votazione avvenuta nella riunione, comprendente tanto le adesioni date dai creditori intervenuti personalmente o a mezzo di rappresentanti, quanto le adesioni inviate dai creditori non intervenuti, deve risultare dal *verbale* che la legge prescrive debba farsi di tutto ciò che avviene nell' adunanza (art. 832_3). Il verbale è sottoscritto dal giudice delegato e dal cancelliere. Ad esso sono allegati: la proposta di concordato redatta in iscritto e sottoscritta dai creditori (art. 835_1) (le sottoscrizioni però non sono richieste a pena di nullità e l' adesione può risultare anche dal solo verbale) — le adesioni inviate per iscritto dai creditori non intervenuti e i mandati di quelli intervenuti a mezzo di mandatarî — i documenti coi quali eventualmente terze

---

Cass. Torino, 24 settembre 1896, *Foro*, 1896, 1339; — A. Firenze, 19 dicembre 1896, *Foro*, 1897, 99; — A. Catania, 7 marzo 1898, *Mon. trib.*, 1898, 375; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8476; — **Pagani**, nel *Dir. comm.*, 1897, 349 e 658. — La validità delle adesioni per iscritto è riconosciuta espressamente dalla legge inglese sui fallimenti del 1883, art. 18, num. 2, e del 1890, art. 3; — dalla legge federale svizzera, art. 293 e 302; — dal Cod. comm. portoghese, art. 731. — È esclusa, invece, dal *Code de commerce* (art. 509); dalla legge belga, art. 515; dalla *Konkursordnung* germanica, § 182, v. **Kohler**, *Lehrb.*, pagg. 592 e 593. — Lo *Schema* **Mortara** ammette le adesioni per lettera (art. 822).

persone si sono obbligate di garantire l'esecuzione del concordato, quando esse non siano intervenute nell'adunanza o non abbiano sottoscritte le proposte del fallito (163).

Quando la votazione sia continuata fuori dell'adunanza, entro il termine fissato dal giudice delegato (art. 835_2), le nuove adesioni debbono risultare: o da sottoscrizioni apposte alla proposta di concordato: o da adesioni scritte inviate al giudice delegato: o anche da dichiarazioni fatte al giudice delegato e di cui questi abbia redatto verbale. Le nuove adesioni, comunque risultino, debbono essere anch'esse allegate al verbale dell'adunanza, in calce al quale pertanto dovrà farsene menzione, colla dichiarazione che il concordato è concluso, quando, spirato il termine, si sono raggiunte le due maggioranze.

I creditori hanno diritto di prender notizie nella cancelleria dei processi verbali delle adunanze (art. 835_3).

214. Concluso il concordato, le variazioni che possono avvenire nel numero dei creditori, aderenti o non aderenti, o nell'ammontare dei crediti, sia degli aderenti, sia dei non aderenti, in seguito alle definitive decisioni sui crediti contestati, non influiscono sulla validità del concordato (art. 833_2). Ma se l'ammissione provvisoria fosse stata effetto di dolo o frode, il concordato diverrebbe annullabile non più per mancanza della maggioranza legale, ma perchè il consenso della maggioranza è stato viziato da dolo o errore. Si farebbe perciò luogo all'annullamento in sede di opposizione all'omologazione e di omologazione (164).

---

(163) Non vi è la sanzione della nullità, quando qualcuno di questi documenti non sia allegato al verbale: A. Milano, 28 aprile 1897, *Foro*, 1897, 844: purchè le condizioni del concordato e le adesioni risultino a sufficienza dal verbale.

(164) C. Torino, 1900, *Dir. comm.*, 1900, 486; — Trib. Palermo, 6 dicembre 1897, *Circ. giur.*, 1897, 365; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 870; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8482.

CAPITOLO III.

Le opposizioni al concordato prima dell'omologazione.

Sommario: 215. Concetto della opposizione al concordato. — 216. Cause di opposizione. — 217. Carattere giuridico della opposizione. — 218. Chi può fare opposizione. — 219. Creditori privilegiati, ipotecari e non verificati. — 220. Curatore. — 221. Fallito. — 222. Termine per l'opposizione: sua natura giuridica. — 223. Procedimento di opposizione.

215. Il concordato concluso può essere affetto da qualche nullità, che lo renda impotente a produrre gli effetti giuridici che gli sono proprî; nullità radicale ovvero annullabilità a seconda che i vizi, da cui la nullità proviene, gli impediscono assolutamente di produrre l'effetto giuridico a cui mira, oppure dànno solamente diritto di disconoscere le conseguenze giuridiche che ne possano derivare. Ma una particolarità singolare del nostro contratto è questa: che la omologazione del tribunale produce, quanto alla sua validità, tutti gli effetti della *cosa giudicata*. L'affermazione giudiziale della validità del contratto, fatta nella sentenza di omologazione, fa stato di fronte a tutti coloro che intervennero nel concordato, di fronte cioè al fallito ed a tutti i creditori componenti la massa, pei quali consentì la maggioranza, organo legale della collettività. Passata in giudicato la sentenza di omologazione, nessuna causa di nullità può farsi valere contro il concordato, salvo le due enumerate nell'art. 842: dolosa esagerazione del passivo e dolosa dissimulazione dell'attivo, scoperte dopo l'omologazione. Ma, tolte queste due sole cause di nullità, nessun'altra può far cadere il concordato definitivamente omologato. La cosa giudicata copre, colla sua presunzione assoluta di verità, ogni vizio che possa insidiare la validità del concordato.

Solo fino a che la sentenza di omologazione non sia passata in cosa giudicata, le cause di nullità possono farsi valere, e si può ad un tempo impedire l'omologazione e far annullare il concordato (1).

---

(1) V. **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 427; — **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 623, annotaz. 3.

Il rimedio concesso dalla legge a questo scopo si suol chiamare *opposizione al concordato*. Tutte le azioni che tendono all'annullamento del concordato possono essere esercitate mediante *opposizione*, appunto perchè scopo immediato di esse è di impedire l'omologazione, e rendere possibile l'annullamento.

216. Quali sono le cause da cui può derivare la nullità del concordato obbligatorio già concluso, abbiamo implicitamente già detto nel corso della presente trattazione: ci limiteremo qui a riassumerle sistematicamente:

a) *Inosservanza delle formalità stabilite dalla legge per la formazione del concordato.* Salvo che il contrario non risulti implicitamente o esplicitamente dalla legge stessa, è da ritenersi che tutte le formalità prescritte dalla legge per la convocazione della riunione, per la discussione e la votazione del concordato debbono essere osservate a pena di nullità. Si tratta di garanzie stabilite per assicurare la sincerità della maggioranza e la legale costituzione dell'assemblea, dove si forma la volontà collettiva dei creditori;

b) *Mancanza o vizi del consenso.* Vi è mancanza di consenso da parte dei creditori, quando non furono raggiunte le maggioranze di legge, perchè solo la volontà della maggioranza in numero rappresentante i tre quarti dei crediti è considerata dalla legge come volontà collettiva. Vi è vizio del consenso da parte dei creditori, quando il consenso della duplice maggioranza fu ottenuto per errore, carpito con dolo, o estorto con violenza. A prescindere dall'ipotesi della violenza, che non ha pratica importanza, il caso di dolo o errore non è infrequente ed è giusto che i creditori possano, prima dell'omologazione, far annullare il concordato quando il fallito abbia dolosamente esagerato l'attivo o dissimulato il passivo (2). Essi non possono attendere l'omologazione per valersi dell'azione di nullità, quando sono venuti a conoscenza dell'errore o del dolo, giacchè dopo l'omologazione questa azione non è concessa che nei casi di dolo e errore scoperto *dopo l'omologazione* (art. 842);

c) *Mancanza degli elementi essenziali del contratto.* Questa causa di nullità è tutta propria del concordato obbligatorio. *Elementi*

---

(2) A. Casale, 3 luglio 1891, *La Giurispr. di Casale*, 1891, 282.

essenziali di un determinato contratto sono, come ognuno sa, quelli che ne costituiscono l'*entità*, e senza i quali, esso non esisterebbe *come tale* (3). Nel concordato amichevole la mancanza di un elemento essenziale non importa la nullità del contratto: quel contratto che non sarà valido come concordato, potrà esser valido come rimessione a titolo gratuito, come società (per es.: nel caso di costituzione di una società a responsabilità illimitata tra debitore e creditori), come quel qualunque altro contratto, di cui abbia i requisiti specifici. Nulla impedisce ai creditori, quando ognuno stipula individualmente per sè solo, di rimettere al debitore anche la totalità del debito. Ma le cose stanno diversamente nel concordato obbligatorio. Qui chi stipula non sono i creditori *uti singuli*, ma la collettività deliberante a maggioranza nell'assemblea. Ora la collettività è costituita per uno scopo determinato: il soddisfacimento collettivo sui beni del debitore, sulle basi dell'uguaglianza: i suoi organi, assemblea, maggioranza, hanno dei poteri determinati e delimitati dallo scopo della collettività. Tutto ciò che questi organi fanno all'infuori dei loro poteri e contro lo scopo della collettività, è nullo e come non fatto. Il contratto stipulato dalla collettività per mezzo dei suoi organi, in tanto è valido, in quanto è un *concordato*: un contratto cioè diretto alla liquidazione privata dell'attivo del debitore, con vantaggio dei creditori. Ma se invece di un concordato, la collettività stipula una donazione, o un contratto di società da cui derivino obblighi a carico dei creditori, essa esorbita dai suoi poteri, e fa un contratto nullo: nullo perchè nè voluto dai creditori *uti singuli*, nè stipulato validamente dalla collettività mancante del potere di disporre in quel modo dei crediti e del patrimonio dei singoli suoi membri (4).

Richiamandoci dunque alla definizione data del concordato obbligatorio, come un contratto stipulato tra il fallito e la massa, col quale si modificano le preesistenti obbligazioni per far cessare lo

(3) **Chironi**, *Ist.*, I, § 63; — **Windscheid**, *Pand.*, I, § 85; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil franç.*, IV, § 342; — **Hasenhörl**, *Oesterreichisches Obligationenrecht*, I, pag. 423; — **Unger**, *Oesterr. Privatrecht*, II, pag. 43, nota 2; — **Baron**, *Pand.*, § 61; — **Bekker**, *System d. Pand. R.*, II, § 97, pag. 131, ecc.

(4) V. sulla nullità delle dichiarazioni di volontà colle quali si dispone di qualche cosa, di cui il disponente non può disporre: **Windscheid**, *Pand.*, I § 81, *sub* 3; — **Baron**, *Pand.*, § 61.

stato di fallimento e far chiudere la relativa procedura (5), diremo che il concordato obbligatorio è nullo nei seguenti casi, in ognuno dei quali manca uno dei suoi elementi essenziali:

α) Quando il concordato non si limita a *modificare* le obbligazioni preesistenti, ma fa assumere, mediante queste modificazioni, delle obbligazioni personali ai creditori. In questo caso si esce dai limiti di un semplice concordato e la maggioranza non ha potere di stipulare *che il concordato* (6);

β) Quando la modificazione recata alle obbligazioni preesistenti esorbita dallo scopo di far cessare lo stato di fallimento e contiene un inutile sacrificio dei creditori, che si traduce in una *donazione*. Il sacrificio dei creditori deve essere unicamente quello che è necessario e sufficiente per far cessare lo stato di fallimento. Quando invece, di fronte alle condizioni del fallimento, il sacrificio appare inadeguato, non si ha più concordato, cioè un contratto a titolo oneroso, diretto a far ottenere ai creditori la miglior realizzazione dei loro crediti, ma un contratto di beneficenza, che la maggioranza non è autorizzata a concludere (7);

---

(5) V. num. 161.

(6) V. sopra, num. 182.

(7) La giurisprudenza è concorde nel riconoscere ai creditori il diritto di opporsi al concordato (noi diremmo: di chiederne l'annullamento prima dell'omologazione), non per semplici *ragioni di forma*, o per *mancanza delle maggioranze di legge*, ma per *ragioni di merito*, perchè la percentuale pattuita è inadeguata all'attivo del fallimento, e rappresenta un eccessivo sagrifizio pei creditori: v. A. Venezia, 14 gennaio 1887, *Temi ven.*, 1887, 65; — A. Bologna, 13 ottobre 1891, *Foro, Rep.*, 1891, voce *fallimento*, num. 209 e 210; — Cass. Roma, 23 maggio 1891, *Foro*, 1891, 654; — Cass. Roma, 3 giugno 1892, *Foro*, 1892, 674; — A. Roma, 29 maggio 1893, *Foro*, 1893, 1257; — A. Palermo, 26 gennaio 1894, *Foro*, 1894, 342. — E così anche la giurisprudenza francese: Trib. comm. Marsiglia, 3 aprile 1891, *Journ. des faill.*, 1891, 228; — Trib. comm. Tolosa, 17 gennaio 1893, *Journ. des faill.*, 1893, 501; — A. Parigi, 22 febbraio 1893, *Journ. des faill.*, 1893, 348. — Questa giurisprudenza è censurata dal **Carnazza**, *Foro*, 1894, 342 e seg., il quale ritiene perfettamente valido un concordato che implichi pei creditori una perdita rispetto al risultato della liquidazione, per la ragione che il concordato non è un mezzo di liquidazione, ma un istituto diretto a rimettere in piedi il fallito (op. cit., col. 343). — Noi non sosterremo che la giurisprudenza usi sempre la massima esattezza di linguaggio quando afferma (v., ad es.: Cass. Roma, 13 luglio 1892, *Legge*, 1892, II, 362) che i creditori hanno diritto di fare opposizione " senza restrizione alcuna riguardo ai motivi della opposizione ", oppure che l'opposizione si può

γ) Quando la modificazione non è uguale per tutti i creditori, ma importa disuguaglianza di trattamento e differenza di sacrifizi tra l'uno e l'altro. Poichè il concordato obbligatorio è un contratto tra il fallito e la massa, non tra il fallito e i creditori *uti singuli*, la collettività e quindi la maggioranza, suo organo, possono disporre *della massa dei crediti*, non delle singole quote di partecipazione nella massa. Anche qui dobbiamo ripetere quanto abbiamo già detto altrove (v. num. 83): la disuguaglianza di trattamento, per essere causa di nullità del concordato, deve risiedere nelle *condizioni del concordato*. Se è una conseguenza di *accordi privati* fuori del concordato, ne resteranno annullati questi accordi, quando essi costituiscano o un *traffico di voti*, o un *illecito arricchimento a danno della massa* (articoli 866 e 867) (8): ma, nè il *traffico del voto*, nè l'*illecito arricchimento a danno della massa*, benchè possano dar luogo a disuguaglianze, sono, *di per sè*, causa di nullità del concordato (9). Possono però, *indirettamente*, produrre la nullità, in quanto l'accordo segreto abbia causato un'alterazione della maggioranza, o in quanto le dolose manovre fatte dal fallito colludendo coi creditori avvantaggiati, abbiano viziato di dolo o di errore la volontà degli assenzienti (10).

---

fondare " su semplici motivi di opportunità e convenienza " (v. A. Milano, 21 giugno 1892, *Temi genovese*, 1892, 696). Ma il concetto della giurisprudenza prevalente è, in sostanza, quello accennato nel testo: essere nullo il concordato col quale si impongono ai creditori *eccessivi sagrifizi*, in quanto che in tal modo questo si trasforma parzialmente in una *donazione*. Quando poi ciò avvenga, nei singoli casi, è questione di fatto il deciderlo. Certo l'eccessività del sagrifizio non risulta sempre da un semplice confronto aritmetico tra le somme promesse nel concordato e l'attivo valutato: la difficoltà della liquidazione può rendere conveniente ai creditori il riscuotere subito una somma alquanto minore. Ma ciò non toglie che il concordato sia, economicamente, appunto un modo di liquidazione e non un mezzo di rimettere in piedi il fallito. Altrimenti anche una rimessione *totale* sarebbe un concordato: anzi l'ideale dei concordati, perchè rimette in piedi il fallito meglio di una rimessione parziale!

(8) Negli altri casi, nè sono nulli essi, nè annullano il concordato. Come se i vantaggi fossero promessi da un terzo non in corrispettivo del voto, o se il fallito, sempre senza traffico di voto, promettesse il proprio lavoro a un creditore: v. A. Brescia, 12 marzo 1877, *Monitore*, 1877, 700.

(9) V. **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 486; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2074; — A. Firenze, 19 maggio 1885, *Foro*, 1885, 1138.

(10) Sostanzialmente conforme: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 903.

217. È chiaro, che, quando nessuna causa di nullità vizia il concordato, non è ammissibile l'opposizione. L'opposizione non è che un mezzo per far valere le azioni di nullità prima che il concordato sia omologato e deve fondarsi sopra un vizio del contratto concluso: non può concedersi il diritto di far annullare il concordato (*questa è sempre la conseguenza dell'opposizione accolta:* art. 836_6), soltanto perchè, per ragioni tutte subiettive, piace ad un creditore di opporvisi. Ciò si desume dall'art. 836_3, il quale vuole che l'atto di opposizione " *ne contenga i motivi* ", appunto perchè l'*azione di nullità* deve necessariamente basarsi sopra una *causa di nullità*. Si desume dall'art. 836, numeri 3 e 5, che prescrive il contradittorio del curatore e del fallito nel giudizio di opposizione: un giudizio in contradittorio non è supponibile dove non si discute della validità obiettiva di un atto, ma delle ragioni subiettive che possono indurre l'attore a chiedere l'annullamento e il giudice a dichiararlo. Si desume dall'art. 836_5 il quale stabilisce tassativamente che l'accoglimento delle opposizioni porta all'*annullamento* del concordato: si potrebbe comprendere che per motivi tutti subiettivi il tribunale si limitasse a non concedere l'omologazione: ma l'*annullamento* di un contratto presuppone, di necessità, l'esistenza di una *causa di nullità* derivante dall'atto stesso. Si desume infine dall'art. 836_5, il quale distingue il giudizio sulle opposizioni da quello sulla omologazione, benchè dica che debbono essere decisi con una sola sentenza; anche ciò significa che l'opposizione non è una semplice istanza diretta al giudice perchè neghi l'omologazione: ma una domanda giudiziale diretta ad attaccare il concordato e ad ottenerne l'annullamento (11).

---

(11) S'intende agevolmente come il diritto di opporsi al concordato sia perfettamente correlativo al diritto del magistrato di annullarlo o negarne l'omologazione. Ora, mentre nel Codice italiano nulla si stabilisce quanto ai poteri del magistrato e perciò il diritto di opposizione (correlativamente, i poteri del magistrato in caso di opposizione) non può fondarsi che sulla *nullità* del concordato: nel sistema del *Code de commerce* (art. 515), che concede al tribunale di rifiutare l'omologazione sia in caso di inosservanza delle forme o di mancanza delle maggioranze, sia anche per motivi inerenti all'interesse pubblico o all'interesse dei creditori, il diritto di opposizione può fondarsi anche su motivi estranei alla validità del contratto (per es.: l'immoralità del fallito). — Secondo la *Konkursordnung* germ., §§ 186, 187, 188, il tribunale deve rifiutare l'omologazione *d'ufficio* quando siavi inosservanza delle for-

Da questa dottrina, della cui esattezza non è lecito dubitare di fronte al chiaro tenore della legge costituita, e che ha il pregio di fondare sopra una base giuridicamente precisa il diritto di opposizione, derivano alcune importanti conseguenze:

a) Non sono motivo sufficiente di opposizione le condizioni morali del fallimento. Annullare un contratto per l'immoralità di un contraente, ecco ciò che difficilmente si riuscirebbe a comprendere: il concordato non è un benefizio, la cui concessione si debba subordinare alla onesta condotta del fallito; è un contratto nel quale fallito e creditori trovano il mezzo migliore per terminare la liquidazione del fallimento. Questo è il concetto della legge, che abbiamo altrove largamente illustrato (12). E la legge stessa ce lo conferma, quando prescrive che le condizioni morali del fallimento siano tenute in calcolo per concedere i benefici di cui all'art. 839: ma l'annullamento del concordato non può chiedersi, nè pronunziarsi quando non vi sia una *causa di nullità* (13);

b) Non è motivo sufficiente di opposizione la pendenza di un procedimento penale per bancarotta contro il fallito. Oltre le ragioni addotte *sub a*), che si attagliano tutte a questo caso, qui si può aggiungere, che la legge *espressamente* prevede il caso che,

---

malità per il procedimento e la conclusione del concordato, quando si verifichi uno dei casi nei quali il concordato non è ammesso, o siavi insufficiente percentuale (meno del 25 %), causata dallo sleale contegno del debitore, e *su domanda di un creditore*, nel caso di ineguale trattamento o di poca convenienza del concordato. *Può* rifiutare l'omologazione d'ufficio, quando l'insufficiente percentuale sia dovuta a *colpa* del debitore. Questi sono perciò i motivi sui quali può fondarsi l'opposizione: v. **Jäger**, *Konkursordnung*, pag. 623, annot. 5.

(12) V. sopra, num. 165.

(13) Conforme al testo: A. Milano, 8 febbraio 1886, *Monitore*, 1886, 236. — Contr. la giurisprudenza francese, la quale ha dichiarato più volte che può negarsi l'omologazione (e quindi ammettersi l'opposizione) anche per la disonestà del fallito: v. A. Algeri, 30 gennaio 1894, *Journ. des faill.*, 1894, 417; — A. Parigi, 18 ottobre 1893, *Journ. des faill.*, 1894, 358; — A. Parigi, 20 aprile 1893, *Journ. des faill.*, 1894, 8. — Ma questa giurisprudenza è ben giustificata di fronte all'art. 515 *Code de commerce*, che dà diritto al tribunale di rifiutare l'omologazione (e quindi ai creditori di opporsi) per motivi *tirés de l'intérêt public*. Il sistema della legge italiana è tutto diverso: l'art. 515 non ha riscontro nel nostro Codice (v. più oltre, num. 227) e l'opposizione per noi non è una semplice *protesta in vista dell'omologazione*, ma un vero modo di esperire le azioni di nullità competenti contro il concordato.

pendente un procedimento per bancarotta, sia stato concluso ed omologato un concordato (art. 839) (14).

218. Chi ha il diritto di opporsi al concordato e di domandarne l'annullamento? Anche qui vale la regola generale dell'art. 36 Cod. proc. civ.; l'azione di nullità può essere esperita da chi ha *interesse* all'annullamento. La legge, applicando questa regola, ha perciò concessa l'opposizione *ai soli creditori dissenzienti e non intervenuti* (art. 836_2). Non la concede ai creditori *assenzienti*. Questa regola è una conseguenza naturale del carattere che presso di noi (a differenza del diritto francese) ha l'*opposizione al concordato*. Mentre in Francia l'opposizione è una *protesta preventiva* contro l'omologazione, la quale pertanto si comprende come possa essere presentata da chiunque, assenziente e non assenziente (15), in Italia, l'opposizione non è che l'esercizio delle azioni di nullità contro il concordato, in quanto si fanno valere *prima dell'omologazione*. S'intende bene perciò come la nullità del concordato non possa farsi valere se non dai creditori che non l'hanno assentito: non da quelli, il cui voto è concorso a formarlo. Ma i motivi della regola segnano anche i limiti della sua applicazione. Se l'assenziente è tale solo in apparenza, ma il suo consenso è inesistente o nullo per vizi che lo invalidano: errore, violenza o dolo, egli potrà opporsi al concordato, dimostrando la nullità del consenso prestato (16). È questa l'unica eccezione che ammette la regola dell'art. 836_2:

---

(14) Conforme al testo: A. Firenze, 19 maggio 1885, *Foro*, 1885, 1139; — Trib. Ancona, 20 dicembre 1886, *Legge*, 1887, I, 239. — V. più oltre, num. 258 e 259.

(15) Come ammettono tutti gli autori francesi sulla formula generica dell'art. 512 *Code de commerce*: v. **Pardessus**, *Cours*, num. 1239; — **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 42; — **Alauzet**, *Commentaire*, IV, num. 2674; — **Boistel**, *Cours*, num. 1039; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 600; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2086.

(16) V. A. Bologna, 11 settembre 1896, *Mon. giuridico di Bologna*, 1896, 305: " L'art. 836 Cod. comm., che concede il diritto di fare opposizione al concordato ai soli creditori dissenzienti o non presenti all'adunanza, non impedisce a un creditore, anche assenziente, di promuovere giudizio avanti il tribunale per determinare i limiti e la estensione del prestato consenso, anche se tale giudizio porta a negare l'omologazione al concordato ". — Conformi: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8512; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 230; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 894; — **Cavo**, *Concord.*, num. 68; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 255.

non possiamo consentire con quegli autori, i quali concedono agli assenzienti di opporsi al concordato, quando non siano state osservate le forme prescritte dalla legge. Si afferma, doversi presumere che quei creditori non abbiano voluto consentire che ad un atto regolare, nè potersi negar loro il diritto di far valere nullità derivanti da inosservanza di norme in gran parte di ordine pubblico (17). A questi argomenti rispondiamo: 1°) che l'osservanza delle forme non è punto di ordine pubblico, ma stabilita solo a difesa dei *non assenzienti*: tanto vero che, *quando i creditori vi acconsentano*, si può prescindere dalle formalità, come dichiara espressamente l'art. 830 (diversamente nel *Code de commerce*: ma qui l'art. 507 la esclude in modo formale: e così anche nel Cod. it. del 1865, art. 618); 2°) che, appunto perchè le forme sono stabilite dalla legge a difesa dei *non assenzienti*, non già degli *assenzienti*, quando un creditore aderisce al concordato, l'osservanza o inosservanza delle formalità gli è del tutto indifferente. Il creditore che ha validamente assentito manca dunque di interesse giuridico a domandare la nullità del concordato: egli non potrà provocare un contradittorio sulla validità di questo; ma nulla gli vieta che, nel giudizio di omologazione in Camera di Consiglio, faccia pervenire al tribunale le sue proteste, quando crede che, per inosservanza delle forme, debba il tribunale, d'uffizio, rifiutare l'omologazione del concordato.

219. I creditori che possono fare opposizione, sono soltanto quelli che fanno parte della massa, e che giustificano la loro qualità di creditori. Nessun dubbio sulla prima regola: i creditori che non fanno parte della massa, cioè gli ipotecari e privilegiati, mancano di interesse ad impugnare il concordato, perchè il concordato non li riguarda; con l'avvertenza (18) che anch'essi, se, ed in quanto siano rimasti incapienti o abbiano rinunziato anche parzialmente alla garanzia, debbono considerarsi come chirografari, fanno parte della massa, ed hanno tutti i diritti e gli obblighi degli altri com-

---

(17) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 231; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8512; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 255; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 894. — Male a proposito si cita in questo senso la dottrina francese, giacchè per il *Code de commerce* l'opposizione deve ritenersi concessa *sempre* ed a *tutti*: v. num. precedente, nota 11.

(18) V. sopra, num. 197.

ponenti la massa (19). Ciò, anche se la rinunzia alla garanzia sia *posteriore* alla conclusione del concordato (20).

Non basta però che l'opponente sia un creditore chirografario: bisogna anzitutto che sia creditore. Non possono perciò fare opposizione che i creditori verificati, o ammessi posteriormente al passivo; anche se lo furono dopo il concordato (21). I creditori già ammessi provvisoriamente, che furono esclusi dal passivo con sentenza posteriore, non potranno fare opposizione (22). È la qualità *attuale* di creditore che bisogna giustificare: giacchè tutti i creditori attuali e solo i creditori attuali sono obbligati al concordato, e possono avere interesse ad impugnarlo. Qualche sentenza, allegando l'espressione generica dell'articolo 836_2, il quale concede l'opposizione ai creditori " *non intervenuti* ", ha affermato che hanno diritto di opporsi anche i creditori non verificati, nè ammessi, neppur provvisoriamente (23). Questa opinione non ha bisogno di essere confutata; essa urta direttamente contro l'art. 36 Cod. proc. civ. che nega l'azione in giudizio a chi non vi abbia interesse. Fino a che non abbia dimostrato la sua qualità di creditore, nessuno può essere ammesso ad opporsi al concordato, perchè manca di interesse; nè è possibile che dimostri in sede di opposizione la qualità di creditore, a tale scopo essendo dalla legge

---

(19) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 895; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 231; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8512; — **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 41; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pag. 407, nota.

(20) Trib. comm. Vervins, 23 novembre 1886, *Journ. des faill.*, 1887, 42; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8512; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 231; — **Cavo**, *Concord.*, num. 69; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 895; — **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 41; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 600. — Ma il semplice fatto dell'opposizione importerà di diritto rinunzia alla garanzia, come la importa il voto nel concordato? Lo afferma il **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pag. 407, *nota*, ma a torto. La presunzione assoluta dell'art. 834_3 (508_3 *Code de commerce*) costituisce una norma eccezionale e perciò di stretta interpretazione. Certo, l'opposizione, presupponendo la qualità di creditore chirografario, potrà costituire una *presunzione* di rinunzia: ma una presunzione *hominis*, che il creditore potrà combattere, dimostrando che la sua volontà non era tale.

(21) A. Bologna, 22 dicembre 1885, *Giur. it.*, 1886, 155.

(22) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 893; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8511.

(23) A. Milano, 21 aprile 1890, *Monitore*, 1890, 651; — A. Trani, 27 febbraio 1897, *Diritto comm.*, 1897, 400.

destinato unicamente il procedimento di verificazione. *Nel fallimento non può esercitare nessuno dei diritti di creditore chi non sia stato dichiarato tale, definitivamente o provvisoriamente, nelle forme stabilite per il procedimento di verificazione* (24).

220. Non può fare opposizione il curatore. La sua rappresentanza della massa vien meno nella conclusione del concordato, atto troppo importante, perchè possa metterlo in essere il curatore soltanto; nella conclusione del concordato la massa interviene direttamente, e decide a mezzo della maggioranza. Quando la massa ha accettato, non può il curatore contradirla, domandando l'annullamento di ciò che essa ha voluto: rappresentante della massa, egli non può avere una volontà diversa dalla massa; e la volontà della maggioranza si considera volontà della massa. Giuridicamente adunque il curatore manca di veste per impugnare il concordato. La legge avrebbe potuto concedergli questo diritto, non come rappresentante della massa, ma come tutore degli interessi dei singoli creditori assenti od ignoti. Ma quest'ultima rappresentanza non è insita nelle sue funzioni: sarebbe stato necessario un testo esplicito di legge per conferirgliela. E qui, invece, abbiamo un testo (articolo 836_3), in cui implicitamente, ma chiaramente il diritto di opposizione gli è negato, perchè fa di lui il legittimo contraddittore degli opponenti in ogni giudizio di opposizione, conferendogli la rappresentanza e la difesa della maggioranza assenziente (25). Neppure nel caso eccezionale (v. num. 218), in cui qualcuno degli assenzienti potrebbe, domandando l'annullamento del suo voto, im-

---

(24) Conformi al testo: A. Roma, 8 novembre 1894, *Temi romana*, 1894, 490; — A. Torino, 18 febbraio 1895, *La Giurisprudenza*, 1895, 549; — Trib. Palermo, 17 febbraio 1899, *Consulente commerciale*, 1899, 119; — e tutti gli autori: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8512; — **Malpeli**, *I mezzi d'impugnativa del concordato giudiziale*, Camerino, 1896, pag. 22; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 892; — **Cavo**, *Concord.*, num. 67; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 230; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 600; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2086.

(25) Conformi al testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 896; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 231; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 255; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8512; — **Cavo**, *Concord.*, num. 70; — **Bravard** e **Demangeat**, *Droit comm.*, V, pag. 408; — **Boistel**, *Cours*, num. 1039; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 600; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2086. — Contr. **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 63.

pugnare il concordato, può il curatore, in sua vece, o insieme a lui, farsi opponente al concordato. Ciò perchè egli, mentre rappresenta la massa e come rappresentante della massa non può disvolere quel che la maggioranza ha voluto, d'altro canto da nessuna disposizione di legge implicitamente o esplicitamente è investito della facoltà di rappresentare i singoli componenti la maggioranza. Ciascuno di questi può, come singolo votante, domandare l'annullamento del suo voto e così, divenuto non assenziente, l'annullamento del concordato. Ma l'esercizio del diritto del creditore come singolo spetta al creditore e non al curatore. Del resto la lettera stessa dell'art. 836_3 si oppone alla interpretazione che qui si combatte, perchè la contradizione non consente che il curatore sia al tempo stesso attore e convenuto nel giudizio di opposizione (26).

221. Il *fallito* può fare opposizione? Lo si nega da tutti gli autori (27), e giustamente, perchè egli non ha alcun interesse ad impugnare il concordato: ha anzi un interesse opposto: quello che l'omologazione sia conceduta al più presto e senza difficoltà. Il testo poi dell'art. 836_3 che fa del fallito il legittimo contraddittore degli opponenti nel giudizio di opposizione, esclude implicitamente che egli possa essere ammesso a disvolere ciò che prima ha voluto. Un dubbio sarebbe solo possibile, nel caso in cui il consenso stesso del fallito sia nullo, o per incapacità, o per vizi che lo invalidano. In questo solo caso, del resto rarissimo a verificarsi, propenderemmo a credere che anche il fallito possa domandare la nullità del contratto. In questo caso egli non ha *realmente,* ma solo *apparentemente* voluto, o perchè il consenso è viziato o perchè, essendo incapace, non poteva volere. Nè a questa soluzione costituisce un ostacolo assoluto l'art. 836_2, il quale parla dei creditori che possono fare opposizione, ma non accenna al fallito. L'art. 836_2 si occupa dei *creditori,* che possono fare opposizione, non delle altre persone, all'infuori dei creditori. Dal silenzio non si può perciò argomentare senz'altro la assoluta esclusione. S'intende che, *in*

(26) Conformi al testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 896; — **Cavo**, *Concord.*, num. 70. — Contr. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 231; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8512; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 255.

(27) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 232; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8512; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 897; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 600.

questo eccezionale caso, il giudizio di opposizione non ha luogo *contro il fallito ed il curatore*, ma contro il *curatore* soltanto. La legge si è occupata del *quod plerumque fit*, trascurando di regolare una ipotesi abbastanza rara a verificarsi (28).

222. L'opposizione può esser fatta entro otto giorni dalla chiusura del processo verbale delle adunanze, o dalla scadenza del termine concesso dal giudice delegato per raccogliere altre adesioni (art. 836_2) (29).

Quale è la ragione, quale la natura giuridica di questo termine? Indagine questa di interesse pratico assai rilevante, per decidere se, scorso il termine, ma prima della omologazione, siano ancora ammesse opposizioni al concordato.

Per rendersi conto esatto della natura e dello scopo del termine di cui all'art. 836_2 basta leggere tutto l'articolo, nel suo complesso, il quale tutto direttamente o indirettamente, nelle singole sue disposizioni, presuppone e si riferisce al termine, di cui si tratta. Dice l'art. 836:

" Il concordato dev'essere omologato dal tribunale ad istanza della parte più diligente.

" I creditori dissenzienti o non intervenuti possono fare opposizione entro otto giorni dalla chiusura del processo verbale o dalla scadenza del termine concesso dal giudice delegato.

" L'atto di opposizione ne contiene i motivi e dev'essere intimato al curatore ed al fallito con citazione a udienza fissa davanti al tribunale.

" Se il termine suddetto sia trascorso senza che sia fatta opposizione alcuna, il tribunale pronuncia sulla domandata omologazione in Camera di Consiglio.

" In caso diverso, il tribunale pronuncia sulle opposizioni e sull'omologazione con una sola sentenza.

" Se l'opposizione è ammessa, il tribunale annulla il concordato rispetto a tutti gli interessati ".

---

(28) Nel senso del testo, implicitamente: A. Roma, 14 aprile 1896, *Rivista universale di giurispr. e dottrina*, 1896, 332, che però respinse la domanda del fallito, essendo già intervenuta la omologazione.

(29) Il termine è ugualmente di otto giorni, nel *Code de commerce*, art. 512, e nel Codice spagnuolo, art. 902 e 903: e di cinque nella legge belga, art. 516.

Abbiamo voluto mettere sott'occhio al lettore tutto l'articolo, perchè una lettura attenta di esso, in tutto il complesso delle sue disposizioni, ne costituisce il commento migliore. Tutto è logico in questo articolo, tutte le singole disposizioni si susseguono, legate le une alle altre e costituenti un sistema armonico ed organico.

Lo scopo di tutto l'articolo è quello di disciplinare il *procedimento per l'omologazione del concordato.* Dopo aver detto, che l'omologazione è chiesta dalla parte più diligente, la legge si è preoccupata della *forma* che deve assumere il procedimento. Noi l'abbiamo già veduto, e la legge lo dirà fra breve: il concordato omologato assume un carattere di inattaccabilità, che ne copre tutti i possibili difetti, salvo il caso di dolo scoperto dopo l'omologazione (30). Ma questa irretrattabilità sarebbe stata veramente iniqua, di fronte ai creditori non assenzienti, se si fosse permesso agli interessati di ottenerla senza il contradittorio di questi. Per giustificarla sarebbe stato necessario prescrivere a chi domanda l'omologazione di procurarsi il contraddittorio dei non assenzienti, iniziando un vero giudizio contenzioso in loro confronto. Ciò sarebbe stato impossibile pei creditori non conosciuti, ai quali pertanto, si sarebbe dovuto dare in ogni caso il diritto di impugnare il concordato dopo l'omologazione, distruggendo il principio dell'art. 842. Sarebbe stato lungo e dispendioso anche pei creditori conosciuti, che avrebbero dovuto essere tutti citati per sentirsi dichiarare valido e regolarmente stipulato il contratto concluso. Per tagliar corto a tutte queste difficoltà, la legge, invertendo le parti, ha stabilito, non già che gli assenzienti debbano citare i non assenzienti per procurarsene il contraddittorio, ma che i non assenzienti siano tenuti, quando credano di poter efficacemente impedire l'omologazione, a domandare essi, col contraddittorio degli assenzienti, rappresentati dal curatore, e del fallito, l'annullamento del concordato, rendendone così impossibile l'omologazione. Quindi la regola dell'art. 836, num. 2 e 3: i creditori dissenzienti o non intervenuti possono fare opposizione al concordato, istituendo un giudizio in contraddittorio del fallito e del curatore, e lo possono fare entro otto giorni dalla conclusione del concordato. Data questa, per dire così, *inversione del contradittorio*, era indispensabile lo stabilire un termine, prima di permettere

(30) Art. 842 Cod. comm.

l'omologazione. Se si fosse bensì permesso di domandare l'omologazione senza citare tutti i non assenzienti, ma non si fosse concesso a questi un congruo termine per rèndersi opponenti, si sarebbe addirittura annullato il diritto dei non assenzienti, perchè una omologazione chiesta ed ottenuta immediatamente senza che essi fossero avvertiti del pericolo che correvano, li avrebbe privati totalmente del modo di far valere i proprî diritti. Stabilito il termine, questo inconveniente non può verificarsi: Da una parte, *l'omologazione non si può ottenere, prima che sia trascorso il termine.* Dall'altra, i creditori sanno di avere otto giorni liberi per opporsi al concordato e domandarne l'annullamento. E così i diritti dei non assenzienti sono equamente conciliati colla necessità di un rapido e poco costoso procedimento.

Tutto ciò, che risulta dalla logica concatenazione, con cui si susseguono le varie parti dell'art. 836, conduce necessariamente a concludere che *il termine è stabilito a favore dei creditori dissenzienti o non intervenuti.* Scaduto il termine, l'omologazione può essere ottenuta senza il contradittorio del creditore che non si è opposto nel termine. È quindi completamente inesatta l'opinione dominante che ritiene quel termine come *perentorio* a danno dei creditori (31). Si tratta invece di un termine *dilatorio*, di un termine cioè, prima che sia scorso il quale, non è possibile ottenere l'omologazione. La quale soluzione, che si desume limpidamente dalla lettera e dallo scopo della legge, viene confermata in modo non dubbio, dalla soppressione, fatta dal Codice vigente, della sanzione di nullità che il *Code de commerce* e il Codice del 1865 comminavano contro le opposizioni tardive. La vera natura giuridica del termine, in correlazione cogli scopi della procedura più rapida che si è voluto istituire per l'omologazione, è stata così felicemente intuita e saggiamente affermata dal legislatore italiano.

L'opposizione, perciò, può esser fatta valere anche dopo scaduto il termine, fino all'omologazione (32). La scadenza del termine dà

---

(31) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8513; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 899; — **Caro**, *Concord.*, num. 71; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 258; — **Malpeli**, *I mezzi d'impugnativa nel concordato giudiziale*, Camerino, 1895, num. 41; — Cass. Firenze, 5 settembre 1890, *Foro*, 1890, 1246; — Trib. Genova, 25 marzo 1890, *Temi genovese*, 1890, 250; — A. Lucca, 19 febbraio 1889, *Monitore*, 1889, 940.

(32) V. nel senso del testo: Trib. Brescia, 19 luglio 1893, *Diritto commerciale*, 1893, 681; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 232 e seg.; — e, sotto l'impero del

però diritto di ottenere ad ogni momento la omologazione e produce rispetto ai creditori non assenzienti la perniciosa conseguenza di potersi vedere ad ogni istante preclusa definitivamente la via alle azioni di nullità. Ammessa l'opposizione dopo la scadenza del termine, deve necessariamente essere ammesso anche l'*intervento* nel giudizio di opposizione iniziato da altri (33).

Il termine è di rigore riguardo all'omologazione. Questa non può essere pronunciata che dopo trascorsi gli otto giorni, non solo se negli otto giorni non vi furono opposizioni, ma anche nella ipotesi poco verosimile che siano state presentate e la causa sia matura per la decisione entro gli otto giorni. Il termine è stabilito a garanzia di tutti i non assenzienti, ciascuno dei quali ha diritto che sia osservato, e non può esser pregiudicato dalla opposizione degli altri (34).

Il termine decorre dalla chiusura definitiva del processo verbale del concordato, o dallo spirare del termine assegnato dal giudice delegato per raccogliere adesioni: esso deve comprendere otto giorni completi, non computandosi perciò il *dies a quo*, e computandosi il *dies ad quem* (art. 43 Cod. proc. civ.) (35).

223. L'atto di opposizione deve contenerne i motivi (art. 836_3). Appunto perchè non si tratta di una semplice protesta preventiva contro l'omologazione, ma di una vera azione di nullità che l'opponente spiega, l'atto di opposizione deve, come ogni citazione, contenere “ i fatti in compendio e gli elementi di diritto costituenti la ragione dell'azione „ (art. 134 Cod. proc. civ.). L'indicazione dei motivi, cioè degli elementi di fatto e di diritto che costituiscono

---

Code de commerce che commina la nullità (art. 512): **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2086, per tutti i casi; — e **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 22; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pag. 407, *nota*, nei soli casi di dolo e frode.

(33) Conformi al testo: **Guariglia**, *Concord.*, pag. 236; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8516; — Trib. Brescia, 19 luglio 1893, *Diritto comm.*, 1893, 681. — Contr. Trib. comm. Venezia, 22 aprile 1884, *Temi veneta*, 1884, 320; — Trib. Genova, 15 marzo 1890, *Temi genovese*, 1890, 250; — A. Milano, 21 giugno 1892, *Monitore*, 1892, 713; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 902; — **Cavo**, *Concord.*, num. 65.

(34) Conformi: **Malpeli**, *I mezzi d'impugnativa*, num. 3; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 602; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 241.

(35) A. Torino, 31 ottobre 1890, *La Giurisprudenza*, 1890, 779.

la base dell'azione, qui, come nella citazione, non è richiesta a pena di nullità quando non vi sia incertezza sull'oggetto della domanda (art. 145 Cod. proc. civ.). La sanzione di nullità manca nel Codice di commercio, nè è sancita dal Codice di procedura civile (36).

L'atto di opposizione deve essere notificato al curatore ed al fallito, in contradittorio dei quali deve avvenire il giudizio: la citazione è ad udienza fissa. Al giudizio sulle opposizioni è innestato il giudizio sulla domanda di omologazione: la legge che li vuole riuniti (art. 836_5) riconosce così che si tratta di due diversi giudizi, e conferma la nostra dottrina che vede nell'opposizione qualche cosa di più di una semplice *protesta preventiva*. Nulla vieta che durante la trattazione della causa, gli opponenti aggiungano altri motivi di nullità a quelli indicati nell'atto di opposizione (37).

Se il tribunale accoglie le opposizioni, annulla il concordato rispetto a tutti gli interessati (art. 836_6). Se le respinge, contemporaneamente e colla stessa sentenza pronuncia anche sull'omologazione (art. 836_5).

Ambedue le sentenze, quella che accoglie e quella che respinge le opposizioni, sono, per espresso disposto di legge, appellabili (art. 913_2) (38).

---

(36) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 900. — Contr. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8514; — **Cavo**, *Concord.*, num. 72; — **Malpeli**, *I mezzi d'impugnativa*, num. 36; — **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 43; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pag. 408, nota 1.

(37) Trib. Ancona, 20 dicembre 1886, *Consulente comm.*, 1887, 254; — A. Casale, 3 luglio 1891, *Foro, Rep.*, 1891, voce *fallimento*, num. 227; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 235; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 900; — **Cavo**, *Concord.*, num. 73. — Contr. A. Milano, 8 febbraio 1886, *Monitore*, 1886, 236.

(38) Dopo l'abolizione dei tribunali di commercio, non ha più ragion di essere la disposizione dell'art. 837, secondo la quale il tribunale deve assegnare al creditore opponente un breve termine per istituire davanti all'autorità competente il giudizio necessario per dirimere le controversie da cui dipendesse il giudizio sulle opposizioni e che per ragioni di materia non fossero di sua competenza. Il tribunale competente a omologare il concordato è infatti, dopo la legge 25 gennaio 1888, investito delle doppie giurisdizioni civile e commerciale. V. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8519; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 236; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 911.

CAPITOLO IV.

L'omologazione.

§ 1. — Procedimento per l'omologazione.

Sommario: 224. Ragione e scopo della omologazione. — 225. Chi può chiederla: procedimento da seguirsi.

224. Sotto un duplice punto di vista è richiesto l'intervento del magistrato perchè il concordato di maggioranza possa produrre gli effetti giuridici, di cui è capace. Nell'omologazione il giudice esercita anzitutto una funzione di *tutela preventiva*. Per garantire la verità e la sincerità della deliberazione nella quale si manifesta la volontà collettiva, la legge ne ha circondata la formazione di cautele numerose e provvide: ha prescritto che le deliberazioni non possano prendersi, se non sotto la direzione e la sorveglianza del giudice delegato (art. 831, 832, 835, 907_1): che debbano prendersi in una riunione, alla quale sono invitati tutti coloro che vi hanno un interesse attuale o eventuale (articolo 831), e in cui tutti possano illuminarsi sulle condizioni del fallimento e del concordato mediante la relazione del curatore e la discussione col fallito e cogli altri creditori (art. 832). Per assicurarsi che la volontà collettiva sia l'espressione possibilmente esatta degli interessi collettivi, la legge ha voluto che per la validità delle deliberazioni sia necessario il voto di una duplice speciale maggioranza (art. 833). L'osservanza di tutte queste cautele è dunque richiesta perchè si formi legalmente una volontà collettiva. Ma ciò non basta perchè il concordato sia valido. La volontà collettiva non solo deve legalmente esistere, ma deve legalmente operare: deve operare cioè entro i limiti degli scopi per i quali è costituita. Non solo la deliberazione della maggioranza deve essere legalmente formata, ma il contratto, che è stato da lei consentito, deve essere un *concordato*, perchè solo un concordato e non un contratto di altra natura poteva deliberare la maggioranza. L'intervento del magistrato è diretto appunto ad accertare l'esistenza di questo doppio ordine di requisiti per la validità del contratto

consentito dalla maggioranza. La legge avrebbe potuto provvedere alla tutela dei creditori non assenzienti limitandosi a concedere loro il diritto di far annullare o disconoscere il contratto o non legalmente consentito o mancante dei requisiti intrinseci di un concordato. Ma si sarebbe in tal caso andati incontro a due inconvenienti: si sarebbe rimasti lungamente sotto il pericolo dell'annullamento di rapporti che il concordato invece ha per iscopo di definire; e si sarebbe data esecuzione immediata a un contratto che un'azione di nullità avrebbe potuto poi far cadere. Ciò ha voluto impedire la legge, istituendo un *accertamento preventivo* della validità del contratto. E, come contrappeso a questa importante garanzia, ha d'altro canto negato qualunque azione di nullità dopo l'omologazione. O, in altri termini, ha sostituito alla tutela *repressiva* una tutela *preventiva*.

Ma un'altra necessità giustifica l'intervento del magistrato. La procedura di fallimento si apre mediante una pronunzia del giudice, la quale constata, anche senza o contro la volontà degli interessati (art. 684), l'esistenza di una condizione di fatto (stato patrimoniale di fallimento o insolvenza) a cui la legge ha preordinato un sistema di difesa egualitaria dei creditori, e a cui sono collegate parecchie sanzioni severe anche d'indole penale. Il concordato mira a far cessare questa condizione di fatto, e, conseguentemente, anche tutti gli altri effetti che si collegano a questa condizione. Ora è logico, è necessario che la cessazione di questa condizione sia pure constatata dal magistrato. Il quale pertanto, anche sotto questo punto di vista, deve portare il suo esame sul contratto concluso. La constatazione della fine dello stato patrimoniale di fallimento presuppone l'affermazione della efficacia delle cause che l'hanno operata: cioè la dichiarazione della validità del concordato.

Tutto ciò conferma quanto abbiamo largamente dimostrato sulla natura *dichiarativa* e non *costitutiva* della pronuncia di omologazione (1). *L'omologazione non ha per iscopo che di verificare se il concordato è stato validamente concluso* (2).

---

(1) V. sopra, num. 61 e seg.

(2) L'omologazione del concordato da parte del magistrato è richiesta da tutte le legislazioni: *Code de commerce*, art. 513; — Legge belga, art. 516; — Cod. di comm. spagnuolo, art. 904; — Ord. austriaca, § 227; — Ord. germanica, § 184; — Legge inglese, art. 18, num. 4; e 23, num. 2.

225. L'omologazione può essere chiesta da qualunque interessato: fallito, creditore o curatore (art. 836_1). Non può essere pronunciata d'uffizio (3). La domanda per l'omologazione può essere avanzata in qualunque tempo, ma il tribunale non può decidere prima che siano trascorsi gli otto giorni assegnati ai non assenzienti per fare opposizione (4). La domanda è fatta con semplice *ricorso* indirizzato al tribunale: già dicemmo che la legge ha esonerato il richiedente dall'obbligo di iniziare il contraddittorio (v. num. 222).

Il procedimento che deve seguirsi per l'omologazione è diverso, secondochè vi sono o non vi sono opposizioni. Se, spirati gli otto giorni, non sono state fatte opposizioni, il tribunale può statuire sul ricorso presentato, in Camera di Consiglio (art. 836). Chi domanda l'omologazione non è tenuto a procurarsi il contraddittorio degli interessati: siamo in materia da trattarsi senza contraddittore, e quindi in Camera di Consiglio, anche secondo i principî generali (art. 778 Cod. proc. civ.). Se invece furono proposte opposizioni, e si è perciò iniziato un giudizio in contraddittorio tra gli opponenti, il fallito e il curatore, il giudizio di omologazione si connette col giudizio sulle opposizioni: e il tribunale con una sola sentenza deciderà sulle opposizioni e sulla omologazione (art. 836_5) (5). Qua-

---

(3) Lo può, secondo lo *Schema* **Mortara**, art. 828_2, nel quale è detto che nel processo verbale dell'adunanza, nella quale si conclude il concordato, deve il giudice delegato stabilire l'udienza innanzi il tribunale, nella quale sarà discussa l'omologazione del concordato.

(4) Arg. art. 836_4. — V. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 241; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8526 e 8530; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 602; — **Thaller**, *Traité élém.*, 2ª ed., num. 2086.

(5) Il sistema accolto nello *Schema* **Mortara** è diverso, ed in verità non sapremmo indurci a crederlo migliore. Per gli art. 828_2 e 829 dello *Schema* non è necessaria una *istanza* per l'omologazione. Questa è concessa invece anche *d'ufficio*: come si desume dalla disposizione dell'art. 828_2 che impone al giudice delegato di stabilire nello stesso processo verbale dell'adunanza, nella quale fu concluso il concordato, l'udienza innanzi il tribunale, nella quale sarà discussa l'omologazione (a meno che non s'intenda necessaria una istanza perchè il giudice faccia ciò; ma nell'articolo non è detto). All'udienza fissata intervengono il fallito, il curatore e i creditori opponenti, siano o non siano questi stati presenti all'adunanza in cui il concordato fu approvato. Ciò significa che l'udienza sarà tenuta, senza che i creditori non presenti all'adunanza ne siano neppure avvisati: e i creditori non presenti saranno la maggior

lora accolga le opposizioni, annulla il concordato e l'omologazione viene, di necessità, negata: ma potrebbe darsi che respingesse le opposizioni, perchè basate su motivi infondati, e tuttavia rifiutasse l'omologazione per altri motivi. La legge dice espressamente che, se l'opposizione è ammessa, il tribunale annulla il concordato rispetto a tutti gli interessati (art. 836_6): ma non dice che, se l'opposizione è respinta, il tribunale debba, conseguentemente, omologare il concordato. Il giudizio sull'omologazione è riunito al giudizio sulle opposizioni, ma non è assorbito da questi. Le opposizioni non possono togliere al giudice i poteri che questi avrebbe avuto se opposizioni non ci fossero state.

§ 2. — **I poteri del giudice nel procedimento di omologazione.**

Sommario: 226. Il tribunale deve omologare o non omologare: non può nè *modificare* il concordato, nè *rinviare* l'omologazione. — 227. Se il giudice possa entrare nel merito del concordato. — 228. Teoria del Mortara e sua confutazione. — 229. Teoria del Bolaffio: esposizione ed esame critico. — 230. Teoria che qui si propone. — 231. Esame della giurisprudenza.

226. Investito dell'esame sulla validità del concordato, sia senza contradittorio, sia col contradittorio, il tribunale non può che omologare o non omologare: non può *modificare* il concordato: e neppure *ordinare che sia modificato*. Ciò sarebbe contrario alla funzione meramente *dichiarativa* della decisione giudiziale in materia di omologazione (1). Non può neanche sospendere l'omologazione per la pen-

---

parte, giacchè lo *Schema* permette di manifestare per lettera l'assenso o il dissenso (art. 822). È vero che lo *Schema* provvede perchè siano avvisati della sentenza di omologazione (art. 831), ma poi, non concede loro il diritto di appellare, e così possono essere, non per loro colpa, impossibilitati a far valere i loro diritti.

(1) Conformi al testo: A. Venezia, 2 dicembre 1888, *Temi veneta*, 1888, 611; — Cass. Roma, 13 luglio 1892, *Legge*, 1892, II, 362; — A. Venezia, 19 giugno 1897, *Temi veneta*, 1897, 584; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8532; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 906; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 245; — **Cavo**, *Concord.*, num. 82; — **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 60; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières'**, *Droit comm.*, V, pag. 415, *nota*; — **Alauzet**, *Commentaire*, IV, num. 2686; — **Boistel**, *Cours*, num. 1039; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 603; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 487. — Contr. A. Napoli, 12 marzo 1888, *Monitore*, 1888, 394.

denza di un procedimento per bancarotta. Se neppure la condanna per bancarotta impedisce, nel sistema della nostra legge, la formazione del concordato, a più forte ragione non può impedirne l'omologazione la pendenza di un procedimento per quel reato. Nel sistema del codice, la procedura commerciale di fallimento e quella penale per bancarotta sono indipendenti l'una dall'altra (art. 696, 830_2, 855) e come il concordato, *di per sè*, non ha alcuna influenza sul procedimento penale, così nessuna ne ha il procedimento penale sul concordato. Se la legge ha autorizzato il giudice a pronunziare la chiusura del procedimento penale in seguito all'adempimento del concordato (art. 839), ciò significa che il procedimento penale in corso non può in alcun modo impedire la omologazione del concordato. Non si dimentichi infine che il concordato non è, nel sistema della nostra legge, un beneficio concesso al fallito, ma un contratto, nel quale fallito e creditori trovano la soluzione più conforme ai loro interessi: sarebbe assurdo che si negasse ai creditori la possibilità di ottenere un vantaggio dal concordato perchè contro il fallito è stato iniziato procedimento penale (2).

227. Una delle questioni più vive di pratica rilevanza e più disputate del nostro tema è quella che concerne i *poteri del giudice nella omologazione del concordato.* La questione non era neppur proponibile sotto l'impero del *Code de commerce* e del Codice italiano del 1865. Questo all'art. 627 dichiarava che il tribunale deve ricusare l'omologazione del concordato ogniqualvolta non siano state osservate le norme stabilite dalla legge per la sua formazione, oppure l'interesse pubblico lo richieda. Quello, anche più compiutamente, prescrive che l'omologazione deve essere rifiutata: “ en cas d'inobservation des règles ci-dessus prescrites, ou lorsque des motifs tirés, soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers, paraîtront de nature à empêcher le concordat ”. Ma il Codice attuale non avendo riprodotto nè in tutto nè in parte queste disposizioni, la disputa intorno ai poteri del tribunale si è fatta, di necessità, assai viva. E si va dibattendo, così, fra i fautori dell'opinione che ritiene i poteri del giudice siano stati limitati dalla innovazione apportata

(2) A. Firenze, 19 maggio 1885, *Foro*, 1885, 1138; — Trib. Ancona, 11 dicembre 1888, *Legge*, 1889, I, 239; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8532; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 245; — **Cavo**, *Concord.*, num. 84; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 905. — Contr. **Masè-Dari**, *Comm.*, num. 488.

dal Codice, e i partigiani dell'opinione che, rimasta scettica sulla importanza della riforma, continua a concedere al magistrato la più ampia libertà d'indagine nel merito delle stipulazioni convenute, per accertarsi se esse corrispondono alla legge, alla moralità ed alla giustizia (3).

228. La dottrina che non pone limiti alle indagini del tribunale, che i nostri magistrati amano affermare nelle loro sentenze, ha trovato svolgimento adeguato ed efficace in una nota del Mortara, dove tutti gli argomenti che la possono sorreggere sono adoperati colla logica inesorabilmente stringente dell'illustre scrittore (4). Il Mortara parte dal concetto, della cui esattezza trova una irrefutabile prova nell'art. 684 Cod. comm., che il fallimento, nel sistema del diritto vigente, è un istituto d'interesse pubblico. Ed aggiunge: " Fino a che la legge obbliga il magistrato a dichiarare anche d'uffizio il fallimento dei commercianti dissestati (art. 684), si dà colpa ad essa di un singolare disprezzo della logica e della coerenza, accusandola di aver voluto che l'opera di tutela sociale compiuta dal giudice possa essere d'un solo tratto distrutta da accordi privati dei creditori col debitore, accordi nei quali assai di rado sta a fondamento la buona fede e la lealtà d'entrambe le parti... La logica vuole pertanto che si riconosca di queste due cose l'una: o il fallimento è istituito nel mero interesse dei creditori, e questi soli deggiono avere facoltà di provocarlo e farlo cessare: o si considera un istituto d'interesse sociale, e allora il magistrato non solo deve avere la facoltà di promuoverlo con la dichiarazione d'uffizio, ma deve inoltre essere fornito dei poteri necessari per mantenerlo in essere, sia pure contro il desiderio dei creditori, fin che l'interesse sociale lo esige " (5). Per il Mortara, sianvi o non sianvi state opposizioni, il procedimento di omologazione, quand'anche

---

(3) È a quest'ultima dottrina che si attiene lo *Schema* **Mortara**, art. 829_3: " Anche in mancanza di opposizione il tribunale può ricusare *per gravi motivi* l'omologazione o prescrivere al fallito di prestare maggiori garanzie ". Si ritorna, con una formula anche più indeterminata, alla disposizione dell'art. 627 del Codice del 1865.

(4) **Mortara**, *Foro*, 1890, 893 e seg.; — Nello stesso senso: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8528; — **Fiore-Goria**, *Rassegna di diritto commerciale*, 1884, 159; — **Cavo**, *Concord.*, num. 81; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 260.

(5) **Mortara**, *Foro*, 1890, 893 e seg., e specialmente col. 895.

segua in Camera di Consiglio, è sempre un procedimento contenzioso, in cui il tribunale dirige il proprio esame e le conseguenti deliberazioni su di un conflitto di interessi: conflitto tra l'interesse sociale e quelli particolari, tra l'interesse del debitore di dare il meno possibile e quello dei creditori di ricevere il più possibile, tra i creditori che votarono il concordato ed i dissenzienti o astenuti. Anche quando i dissenzienti non si oppongono, è l'omologazione, non il silenzio dei dissenzienti che suggella definitivamente il voto della maggioranza, che lo rende obbligatorio per tutti, secondo il disposto dell'art. 840: " L'omologazione rende obbligatorio il concordato per tutti i creditori " (6). E l'insigne autore conclude: " Poichè l'omologazione è il provvedimento che rende obbligatorio il concordato per tutti i creditori, vale a dire che dirime tutti i conflitti d'interessi attuali o potenziali che intorno al concordato possano esistere, il tribunale nel pronunziarla in Camera di Consiglio non può esimersi dal valutare quelli aspetti di tale conflitto che si offrono alle sue disamine. Ora le ragioni di dissenso che la minoranza abbia esposto nel processo verbale dell'adunanza, in cui fu deliberato il concordato, deggiono costituire oggetto di ponderazione pei giudici chiamati ad omologare la decisione della maggioranza. Se la eliminazione dal nostro Codice del vecchio art. 627 rende forse plausibile l'affermare che non possa, per ragioni d'ordine pubblico, essere rifiutata l'omologazione; se essa dà pure motivo serio per dubitare che non si possa annullare un concordato col pretesto di qualche omissione processuale, quando la nullità non è specificatamente comminata dalla legge, non parmi lecito affermare, malgrado la eliminazione stessa, che il tribunale, il quale *deve leggere* il verbale dell'assemblea dei creditori, abbia l'obbligo di chiudere gli occhi alle ragioni di dissenso della minoranza, e sia tenuto a dichiararle, senza esame, infondate e inconcludenti, quando forse contengono una forza di persuasione tale da rendere intuitiva al magistrato la enormezza della omologazione (7).

La prima obbiezione, che può farsi contro questa teoria, è quella di una non esatta corrispondenza fra le premesse e la conclusione. Se il tribunale decide su un conflitto di interessi anche quando non vi sono opposizioni ed il conflitto è non solo tra debitore e credi-

---

(6) **Mortara**, *Foro*, 898 e seg.
(7) **Mortara**, *Foro*, 1890, 899.

tori dissenzienti che protestarono nell'adunanza, ma tra debitore e creditori non assenzienti, abbiano o non abbiano protestato, siano o non siano intervenuti alla adunanza, tra debitore che vuol dare il meno possibile e creditori assenzienti o non assenzienti che vogliono ricevere il più possibile, ed anche tra l'interesse privato dei contraenti e l'interesse pubblico; — se ai creditori non è dato far cessare il procedimento quando il magistrato non lo vede opportuno; — se, infine, è dalla pronuncia del giudice e dalla sola pronuncia del giudice che deriva l'obbligatorietà del concordato per la minoranza non assenziente, non si può, senza venir meno alle premesse, concludere che il tribunale deve tener calcolo delle sole proteste inserite nel verbale, a meno che i dissenzienti non abbiano fatto opposizione formale. Il conflitto di interessi si dirimerà nei rapporti dei protestanti: ma come saranno tutelati gli interessi dei non protestanti, benchè dissenzienti, dei non intervenuti, degli ignoti, come saranno tutelati gli interessi degli assenzienti, come sarà tutelato l'interesse pubblico? Basterà che non siano state inserite proteste nel verbale, perchè al giudice sia proibito di esercitare, non dico il sindacato sul merito, ma qualunque sindacato sul concordato concluso. Non è più dunque vero che non è in potere dei creditori di far cessare quel procedimento che la legge ha voluto si istituisse, anche contro la loro volontà, nell'interesse pubblico. Se nessun creditore protesta formalmente o formalmente si oppone, ma tutti i dissenzienti si limitano a votar contro o a non votare il concordato, il giudice non potrà far altro che omologare e la tutela dell'interesse sociale vien meno. Non è dunque vero che sia la pronuncia del giudice quella che rende obbligatorio il concordato e non è neppure vero che il silenzio dei dissenzienti non vi influisca in alcun modo: perchè la mancanza di formali proteste o di formali opposizioni limita se non distrugge di fatto il sindacato del tribunale.

Ma non solo le deduzioni non rispondono alle premesse; sono le premesse stesse che ci sembrano seriamente contestabili. La fondamentale di queste premesse è che il fallimento essendo istituito nell'interesse sociale, come la volontà dei creditori, per testuale disposizione di legge (art. 684), non può impedirne la dichiarazione, così non deve poterne impedire la continuazione quando sembri necessario al giudice di mantenerla in vita. Ora, che la *procedura di fallimento nel sistema della nostra legge* (nel sistema della nostra

legge soltanto, perchè presso altre legislazioni è un semplice mezzo di esecuzione), sia istituita nell'interesse sociale, è vero. Ma ciò significa soltanto che, *data quella determinata condizione patrimoniale* che costituisce lo stato di fallimento *obiettivo* o *di fatto*, quello stato cioè pel quale dei creditori uno o più sono esposti ad una *perdita*, quando quello stato *si manifesta esteriormente* in modo da non lasciar dubbio sulla sua sussistenza (*cessazione dei pagamenti*), il tribunale deve dichiararlo anche d'uffizio, ed aprire la procedura di esecuzione universale e collettiva, nella quale gli interessi di tutti i creditori sono efficacemente tutelati sulla base dell'uguaglianza. E, finchè quella condizione perdura, finchè il ripristinamento delle esecuzioni individuali significherebbe disuguaglianza e perdita per qualche creditore a vantaggio di altri, la procedura egualitaria di fallimento deve continuare. La legge ritiene d'interesse sociale il mantenimento della uguaglianza tra i creditori. Ecco perchè non è permesso ai creditori di far cessare a loro capriccio la *procedura di fallimento* (s'intende la procedura *come tale*). Ecco perchè nel sistema della nostra legge non è ammessa la *rinunzia al concorso*, che è ammessa invece dall'Ordinanza germanica (§ 202), per la quale il fallimento è solo *modo di esecuzione*. Ma tutto ciò non importa, nè che la procedura di fallimento debba aprirsi a beneplacito del giudice, quando non sia accertata l'esistenza di quello stato patrimoniale che minaccia l'uguaglianza fra i creditori; nè che debba continuare, per estranei apprezzamenti del tribunale, quando quello stato patrimoniale sia venuto meno. Ora, come abbiamo più volte veduto, questo appunto si ottiene col concordato: la cessazione dello stato obiettivo patrimoniale di fallimento, mediante rinunzia dei creditori a parte dei loro diritti. Per risparmiare le spese e le lungaggini della procedura di fallimento, e per ottenere possibilmente qualche vantaggio in confronto di ciò che darebbe la liquidazione giudiziaria, i creditori si acconciano a trasformare in *istato di diritto* lo *stato di fatto* e a rinunziare a ciò, che, di fatto, non potrebbero ottenere. In tal modo l'equilibrio è ristabilito: ridotti i diritti dei creditori, il debitore potrà soddisfarli tutti e l'uguaglianza di trattamento non è più minacciata. Si rientra nello stato normale, in cui la procedura individuale è sufficiente a proteggere gli interessi dei creditori. Lo *stato di fatto* che costituisce il presupposto necessario della procedura collettiva di fallimento, è venuto meno. Come potrà il tribunale far continuare la procedura? I creditori

non possono far cessare la sola procedura di fallimento; ma possono far cessare quello *stato di fatto* per il quale, nell'interesse sociale, la procedura di fallimento è stabilita. Data l'ipotesi che tutti i creditori, singolarmente, facciano rimessione al debitore di tutti i loro crediti, se la procedura di fallimento dovesse, malgrado ciò, continuare, si darebbe il caso di un *concorso di creditori senza creditori!* S'intende che, anche cessato lo stato patrimoniale di fallimento, le conseguenze di diritto pubblico permangono, come permane l'azione penale per furto anche quando le azioni possessorie civili non possono più essere esercitate, perchè la cosa è stata restituita o il derubato ne ha trasmesso volontariamente la proprietà al ladro. Ma la *procedura di fallimento*, come esecuzione collettiva, non può continuare quando è venuto meno quello stato di fatto che ne costituisce il presupposto materiale e legale.

L'altra premessa è che, nel concordato essendovi sempre un conflitto di interessi, chi decide su questo conflitto è il magistrato, dalla cui pronuncia pertanto, e non dalla volontà della maggioranza, e neppure dalla possibile postuma acquiescenza della minoranza deriva l'efficacia e l'obbligatorietà del concordato. Ma questa premessa ha una importanza ed una portata assai più grave di quella che può sembrare. Essa si appoggia semplicemente sulla lettera dell'art. 840: " L'omologazione rende obbligatorio il concordato per tutti i creditori... „ per dedurne che, dunque, l'obbligatorietà del concordato deriva dalla sentenza di omologazione e che solo il magistrato ha potestà, dirimendo i conflitti di interesse insiti nel concordato, di renderlo obbligatorio per tutti i creditori. Ora l'art. 840 è insufficiente a questo scopo. Dire che l'omologazione rende obbligatorio il concordato per tutti i creditori, non equivale a dire che l'obbligatorietà è effetto della sentenza omologatrice, ossia che è il giudice il quale, mediante la sua sentenza, obbliga i creditori. Si noti che l'art. 840 non fa distinzione tra assenzienti e non assenzienti, e quindi, a rigor di logica, in questa interpretazione, anche l'obbligo degli assenzienti non dipenderebbe da ciò che hanno *voluto* il concordato, ma da ciò che la sentenza ve li obbliga. Noi non neghiamo che questa teoria possa sostenersi: ma non in base all'art. 840 che non dice nulla in questo senso, limitandosi a stabilire che il concordato, una volta omologato, obbliga tutti i creditori: ossia che l'omologazione è una condizione necessaria perchè il contratto, assentito dalla maggioranza, sia efficace nei rispetti di

tutti i membri della collettività. Per affermare che l'obbligazione dei creditori dipende dalla sentenza del giudice, bisogna risolutamente aderire a quella teoria *della sentenza* che ha avuto qualche favore in Germania, ma che la dottrina più numerosa ed autorevole ha combattuto e che noi abbiamo dimostrata falsa nella Parte generale di questa trattazione (8). Bisogna affermare che il concordato non è un contratto: che proposta ed accettazione non sono offerta ed accettazione contrattuale, ma l'una, la domanda del fallito che inizia la procedura: l'altra, un elemento necessario ma non l'unico e neppure il decisivo per la *causae cognitio* del giudice: che infine, nella decisione di omologa del magistrato abbiamo una sentenza modificativa di diritti e attributiva di diritti subiettivi. Se tutto ciò non si ammette, anche la seconda premessa diviene inconsistente.

Contestate le due premesse, noi neghiamo altresì quello che ne discende come legittima conseguenza, cioè la completa libertà del giudice di ricercare e valutare senza limiti tutte le circostanze che lo possono indurre a dirimere in un senso o nell'altro il conflitto d'interessi inerente al concordato, cioè ad accordare o negare l'omologazione.

229. La necessità di dare un qualche senso alla soppressione dell'art. 627 del vecchio Codice: ed il bisogno di una soluzione meno rigida e più conforme allo spirito della vigente legislazione commerciale, che considera il concordato come un contratto vantaggioso non solo al fallito, ma anche ai creditori, persuase la maggior parte degli autori a non negare l'innovazione, ma ad indagarne piuttosto la vera natura e la portata.

Dobbiamo allo spirito colto e penetrante del Bolaffio il passo decisivo fatto dalla dottrina in questo senso e la teorica che, come la più logica e completa, ha guadagnato a sè le simpatie della gran maggioranza degli autori, e l'adesione di qualche giudicato (9).

---

(8) V. sopra, num. 61 e seg.

(9) **Bolaffio**, *Temi veneta*, 1888, 330; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 241 e seg.; — **Masi**, *Fallim.*, pag. 543; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 904; — **Malpeli**, *I mezzi d'impugnativa*, pag. 113 e seg. — Antecedentemente, accenni di questa dottrina si trovavano in **Pagani**, *Il fallimento*, pag. 256. — Per la giurisprudenza, vedi più oltre, nota 19.

Il Bolaffio incomincia col notare che nel fallimento il legislatore ha tenuto nettamente distinto l'interesse privato dall'interesse pubblico, come si desume dagli art. 830, 832, 696, 839 e 861 che consacrano la indipendenza della procedura penale di bancarotta dalla procedura commerciale di fallimento. " Per conseguenza — egli dice — è lasciata ai creditori la maggior libertà di trattare col fallito pei loro interessi privati, di transigere con lui e così assopire ogni contestazione, e di chiudere la procedura civile di fallimento. In queste convenzioni nessun interesse d'ordine pubblico è compromesso, perchè la procedura penale corre indipendente dalla civile: e, se un provvedimento del giudizio civile può avere sopra di quello una influenza, non spetta ai creditori di emetterlo e neppur di provocarlo (v. art. 839). È il tribunale che, d'ufficio, e tenuto calcolo delle circostanze del fallimento e delle condizioni del concordato, tutela l'interesse sociale. Ma appunto questa funzione tutelare, la quale si spiega con una pronunzia affatto distinta, sebbene connessa ritualmente col medesimo, circoscrive le facoltà della magistratura " (10). Per queste ragioni, occorre ben distinguere — secondo il Bolaffio — il caso in cui non vi sono opposizioni, e l'omologazione è data in Camera di Consiglio, dal caso in cui, per l'esistenza delle opposizioni, l'omologazione avviene in un vero giudizio in contradittorio. Nel caso di omologazione in Camera di Consiglio, la minoranza non assenziente si è acquietata al fatto compiuto, e il tribunale deve limitarsi a verificare l'osservanza delle forme prescritte dagli art. 831, 832, 833, 834, 835, e se tutto è proceduto regolarmente, deve omologare: " Quando la maggioranza ha legalmente deliberato, rappresenterebbe, ad avviso nostro, una indebita ingerenza l'esame che il giudice estendesse al merito del concordato per desumere da esso argomenti di ordine sociale, e peggio ancora, di interesse privato, allo scopo di rifiutare la chiesta omologazione. Nell'orbita delle private ragioni, — quale è il fallimento — affidate al volere di una determinata maggioranza, il magistrato non può intervenire per verificare se quegli interessi furono realmente tutelati e se persone capaci di disporre della sostanza comune anche nell'interesse della minoranza, abbiano fatto buono o cattivo governo di tale facoltà, quando la minoranza non

---

(10) **Bolaffio**, *Della omologazione del concordato. Temi veneta*, 1888, 330 e seg.

elevò opposizioni contro l'operato della maggioranza „ (11). Diversamente procedono invece le cose quando si sono elevate opposizioni e il giudizio abbia luogo colle forme del contradittorio: " La minoranza si ribella al volere della maggioranza e fa valere giudizialmente le proprie ragioni. Trova essa circoscritto l'esempio di queste facoltà? Può la maggioranza esigere che l'opposizione si restringa a contestare l'adempimento delle formalità estrinseche imposte dalla legge o a stabilire la frode da parte del fallito o della maggioranza aderente al concordato? Mainò: la minoranza opponente, impugnando il concordato, porta dinanzi ai giudici una controversia sul *tuo* e sul *mio*, che può essere svolta in tutta la sua ampiezza, all'appoggio di ogni argomento, di ogni deduzione rituale o di merito. Non è più il caso di circoscrivere le facoltà del giudice, il quale, in Camera di Consiglio, deve soltanto rendere esecutiva una convenzione a cui ha aderito in modo esplicito la maggioranza legale e in modo implicito la minoranza, non opponendosi alla omologazione, anche se, per avventura, avesse manifestato il proprio dissenso nell'adunanza, senza però renderlo giuridicamente efficace col farlo seguire da una regolare e tempestiva opposizione. No: una volta spiegata l'opposizione, il giudizio di cassazione, che ne sorge, non pone limiti alle indagini e all'esame del magistrato „ (12).

Noi conveniamo col Bolaffio, che nel fallimento la legge ha tenuto nettamente distinte, regolandole con un trattamento differente, la procedura di esecuzione collettiva di fallimento e l'azione penale di bancarotta. Crediamo anche noi che, mentre l'azione penale e le conseguenze pubblicistiche in genere della dichiarazione di fallimento sono sottratte alla volontà dei creditori, sulla procedura collettiva di esecuzione i creditori possono esercitare un'influenza *diretta*, transigendo col debitore e modificando le sue condizioni patrimoniali in maniera da far cessare lo stato di fallimento e la relativa procedura. Ma perchè questo scopo possa essere conseguito mediante una deliberazione di maggioranza, obbligatoria anche per i non assenzienti, bisogna che il contratto accettato dalla maggioranza sia *valido*. Ora non qualunque contratto assentito da una maggioranza regolare, formatasi regolarmente coll'osservanza di tutte le norme di legge, è valido e può obbligare la minoranza. Non è vero

---

(11) **Bolaffio**, *Temi veneta*, 1888, 332.
(12) **Bolaffio**, *Temi veneta*, 1888, 331.

che la maggioranza possa " disporre della sostanza comune anche nell'interesse della minoranza ". O meglio, è vero, ma con una limitazione: la maggioranza non può disporre *in qualunque modo* dei crediti comuni; può disporne *col concordato:* con un contratto, cioè, diretto a modificare le obbligazioni antecedenti allo scopo di far cessare la procedura di fallimento. Non potrebbe disporne, a mo' d'esempio, con una rimessione eccessiva rispetto allo scopo. Ciò dimostra che, per questa prima parte, la dottrina del BOLAFFIO, è bensì esatta, ma non completa. Non la sola osservanza delle forme potrà verificare il magistrato: ma anche la sussistenza di quegli *elementi essenziali* che differenziano il concordato dagli altri contratti, e che quando manchino, rendono nullo il contratto stipulato. La maggioranza, anche legalmente formata, non ha altra facoltà che quella di consentire un concordato, non di concludere un contratto qualsiasi che esorbiti dagli scopi pei quali è costituita la comunione creditoria.

Neppure possiamo compiutamente consentire col BOLAFFIO là dove egli distingue tra omologazione in Camera di Consiglio ed omologazione in contradittorio, per concludere che quando vi sono opposizioni, e si fa luogo al contradittorio, il giudice non ha più limiti nelle sue indagini sul merito del concordato.

È anzitutto al metodo stesso seguìto per risolvere il problema, che si possono muovere obbiezioni. Dire che i poteri del giudice sono determinati dalle domande di una delle parti, non è risolvere, ma semplicemente porre sotto un altro aspetto la controversia. Vi sarà sempre luogo a domandare: su quali *motivi* potranno fondarsi le opposizioni? Quali indagini gli opponenti potranno chiedere che faccia il magistrato? Si risponde che gli opponenti potranno addurre " qualunque prova, qualunque argomento " fare " ogni deduzione rituale o di merito ". Ma allora, delle due, l'una. O si è inteso dare ai non assenzienti una vera *azione di nullità* contro il concordato, e allora si deve *determinare* quali sono le cause di nullità, che possono dar luogo all'azione, e *soltanto su queste* potrà pronunciarsi il magistrato. Oppure si è inteso dare ai non assenzienti un semplice diritto di *anticipata protesta* contro l'omologazione, ed allora se essi possono servirsi di ogni argomento, ciò significa che il tribunale, a *prescindere dalle opposizioni*, è *già investito* del diritto di negare l'omologazione per *qualsiasi motivo*. Non si comprende una *protesta* se non diretta a persuadere il magistrato a far ciò,

che questi già poteva fare. Da questo dilemma dunque non si esce. O si deve determinare quali possono essere i *motivi* delle opposizioni, e quindi, quali i poteri del magistrato; o si deve ammettere che, mediante le opposizioni, il magistrato non acquista alcun diritto a poteri che già non avesse. Nel primo caso non si può parlare di poteri illimitati; nel secondo non si può far differenza tra procedimento in Camera di Consiglio e procedimento in contraddittorio.

Ma l'opposizione non è, evidentemente, una semplice protesta *preventiva.* Una protesta non può dar luogo a un giudizio in contraddittorio: è necessaria una *domanda giudiziale* colla quale si eserciti *un'azione.* E se, come noi crediamo, dell'esercizio di un'azione si tratta, è inammissibile che l'opposizione conferisca al giudice poteri indefiniti. Un'azione che può tendere a far annullare il concordato non può aver per base che una *causa di nullità.* La quale non può essere determinata volta per volta dal criterio subiettivo e mutevole del giudice, ma deve essere stabilita e dichiarata dal diritto obiettivo.

Del resto questa distinzione tra omologazione in Camera di Consiglio e omologazione in contraddittorio incontra difficoltà anche per altre ragioni. Limitare i poteri del giudice, nel caso di mancanza di opposizioni, alla semplice verificazione delle formalità e della maggioranza, non si può, che ritenendo i non opponenti come assenzienti, e quindi il concordato come assentito da tutti i creditori: solo in questo caso si potrebbe prescindere dal verificare se la maggioranza ha, o no, esorbitato dai suoi poteri nel contenuto delle stipulazioni concordatarie: il contratto consentito da tutti è valido, qualunque ne sia il contenuto. Ma questa presunzione, che pareggia il concordato contro cui non si sono elevate opposizioni, ad un concordato consentito da tutti, non è affatto nella legge. La legge si limita a dire, che, in mancanza di opposizioni, il giudizio segue in Camera di Consiglio, invece che in contraddittorio. Da questa disposizione, di carattere tutto *processuale,* si può desumere una presunzione, che i non assenzienti abbiano *rinunciato al contraddittorio:* ma non anche, che abbiano assentito al concordato, abbiano cioè rinunciato, come gli altri, ad una parte *dei loro crediti.* Una presunzione di questo genere dovrebbe risultare chiaramente, ben chiaramente, dalla legge, e non può crearla l' interprete dove il legislatore non l'ha voluta. — Infine questa dottrina ha anche il difetto di dare una spiegazione contradittoria della

mancata riproduzione nel Codice vigente dell'art. 627 del Codice del 1865, il quale si considererebbe contemporaneamente vigente ed abrogato.

230. Noi crediamo che una soluzione tranquillante della difficile controversia non possa trovarsi, se non si tien presente quale è lo scopo dell'intervento giudiziale nel concordato e non si mette in evidenza la stretta correlazione che esiste fra le cause d'opposizione e i poteri del giudice nell'omologazione.

Il nostro ragionamento procede assai semplice. Secondo il Codice preesistente, il magistrato poteva vagliare senza limiti il merito del concordato, giudicando non solo della convenienza di esso pei creditori, ma anche, e principalmente, della sua opportunità dal punto di vista sociale e morale (art. 627). Il Codice vigente non ha riprodotto questa disposizione: non solo, ma ha soppresso anche un'altra disposizione che era in istretta correlazione colla prima; quella dell'art. 626, che prescriveva al giudice delegato di fare una relazione al tribunale " sopra i caratteri del fallimento e l'ammissione o no del concordato " (13). Nè queste innovazioni furono introdotte inavvertitamente da coloro che elaborarono la vigente legislazione commerciale. Negli *Atti della Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi al Codice di commercio* è data ragione della modificazione: " la diminuita importanza degli effetti del concordato fa cessare la necessità delle gravi disposizioni degli art. 626 e 627 " (14). Ciò significa che questa innovazione sta in correlazione colla più netta separazione introdotta dal Codice fra gli effetti privatistici e quelli pubblicistici della dichiarazione di fallimento.

La riforma dunque c'è e fu voluta e cosciente. Ed il silenzio serbato dalla legge sui poteri del giudice nella omologazione del concordato, assume determinatezza di significato quando lo si confronti invece colla precisione, con cui quegli stessi poteri sono stati

(13) Questa disposizione dell'art. 626 non si può ritenere compresa in quella dell'attuale art. 911, ben diversa essendo la relazione che il giudice delegato fa in pubblica udienza come membro del Collegio, di necessità del tutto obiettiva ed espositiva, e la relazione dell'art. 626, che importava un giudizio sull'opportunità di omologare o no il concordato.

(14) *Atti della Commissione*, III, num. 932, verb. CLVIII.

invece definiti, nella concessione dei benefici dell'art. 839. Qui la legge si è affrettata a dare al magistrato, e con formula non ambigua, i più ampi poteri, la maggiore libertà d'apprezzamento: " Qualora dalle circostanze del fallimento e dalle condizioni del concordato, il fallito si mostri meritevole di speciale riguardo, la sentenza di omologazione *può* anche ordinare che, dopo il completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato, il nome del debitore sia cancellato dall'albo dei falliti. *Può* altresì dichiarare che mercè l'adempimento anzidetto resti rivocata la sentenza dichiarativa del fallimento anche rispetto al procedimento penale ". La esplicita concessione di questi ampi poteri, e di questa facoltà di cercare gli elementi del proprio giudizio non solo nelle condizioni del concordato, ma anche nelle *circostanze* (*patrimoniali e morali*) del fallimento, nel caso dell'art. 839, rende evidente che il silenzio dell'art. 836 significa *limitazione dei poteri del magistrato nel giudizio di omologazione.*

Ma quale è la portata di questa limitazione? Evidentemente, essa non può avere che questo solo significato: la legge ha voluto togliere al tribunale tutti quei poteri che non sono necessarî per gli scopi del giudizio di omologazione. Avergli deferito il giudizio di omologazione, senza nulla disporre circa ai poteri conferitigli a questo scopo, significa evidentemente che gli si sono voluti conferire quelli *necessari* e *sufficienti* secondo la natura del giudizio che viene chiamato a dare.

Quale sia la natura giuridica del giudizio di omologazione risulta da tutto quanto è stato detto nella Parte generale e sulla natura giuridica del concordato. Noi abbiamo lungamente dimostrato, che il concordato è puramente e semplicemente un contratto, e che la sentenza del giudice non ne costituisce nè l'elemento essenziale, e neppure un elemento costitutivo (15). Ma se il giudice non ha alcuna parte nella *costituzione del negozio:* ciò significa che *il concordato preesiste completo in tutti i suoi elementi, e quindi valido, prima della omologazione. La omologazione dunque non ha che una mera funzione dichiarativa e verificativa della validità del concordato già concluso e perfetto.* Quali siano le ragioni di questa dichiarazione e verificazione abbiamo pure veduto (16). Si tenga ora questo

---

(15) V. sopra, num. 61 e seg.
(16) V. sopra, num. 224.

per certissimo: che *oggetto del giudizio di omologazione è la verificazione e la dichiarazione della validità del concordato.*

Determinato l'oggetto del giudizio, i poteri del giudice sono già determinati. Il tribunale dovrà verificare l'osservanza di tutte le forme e l'esistenza di tutti i requisiti necessari per la validità del concordato. Una enumerazione sistematica di queste forme e di questi requisiti noi abbiamo già fatto a proposito della *opposizione* (17): l'identità tra i *motivi di opposizione* e i *motivi di rifiuto della omologazione,* e quindi la corrispondenza esatta tra i diritti degli opponenti e le facoltà del giudice, sono una esigenza logica che conferma la bontà della nostra teoria. Richiamando qui pertanto brevemente quanto già dicemmo, determiniamo ora più precisamente i poteri del giudice nel giudizio di omologazione, sianvi o non sianvi state opposizioni, giacchè la facoltà del giudice di pronunciare la nullità non può essere l'*effetto*, ma è il *presupposto* dell'azione di nullità spiegata dal debitore:

a) Il tribunale dovrà verificare anzitutto se sono state osservate le forme per la convocazione, la riunione e la votazione nell'assemblea: e se qualcuna delle formalità sostanziali prescritte dagli art. 831, 832, 835 non furono osservate, dovrà rifiutare l'omologazione;

b) Il tribunale dovrà verificare, se il concordato fu consentito dalla duplice maggioranza legale, calcolata secondo le disposizioni degli art. 833 e 834;

c) Il tribunale dovrà esaminare se il contratto consentito in regolare adunanza dalle maggioranze di legge, è un *concordato;* se cioè la maggioranza ha consentito a un contratto che non eccedeva i limiti dei suoi poteri. E quindi dovrà verificare:

se il contratto concluso si limiti a *modificare* le antiche obbligazioni, senza mutare la condizione di creditore nei creditori, facendo loro assumere obbligazioni *personali*,

se il contratto concluso assicura uguaglianza di trattamento a tutti i creditori,

se il contratto concluso importa solo le rinunzie *necessarie* e *sufficienti* per far cessare lo stato di fallimento, e non contenga rinunzie sproporzionate all'attivo del fallimento, che farebbero degenerare il contratto, totalmente o parzialmente, in una *donazione*.

---

(17) V. sopra, num. 216.

Se questi tre ordini di condizioni non sono stati adempiti, il contratto è nullo, perchè consentito da chi non aveva il potere di consentirlo. Assunzione di obbligazioni personali, trattamento disuguale, rinunzie eccessive, possono essere consentiti, ma dai creditori *uti singuli*, non dalla maggioranza organo della collettività costituita per il *soddisfacimento delle obbligazioni sulla base dell'uguaglianza* (18).

231. Questa dottrina, così rigorosamente giuridica, ha anche il pregio di assicurare ai non assenzienti una tutela efficace, senza concedere al tribunale poteri pericolosamente indefiniti. Messi in disparte gli interessi della morale e della società, che sono tutelati unicamente dal tribunale in una pronuncia ritualmente connessa a quella di omologazione (art. 839), ma essenzialmente distinta, quello che importa di ottenere è che la maggioranza assenziente non sopraffaccia la minoranza col consentire un concordato che del concordato non ha che il nome, non la natura e gli scopi. Come poi gli scopi del concordato siano raggiunti, se con dilazioni o rimessioni, o con *dationes in solutum*, o con una combinazione delle une e delle altre, e con quale combinazione, non importa: sui *mezzi* diretti a conseguire lo scopo deve essere lasciata alla maggioranza piena libertà. Ma la verifica del tribunale deve poter accertare che la maggioranza non abbia ecceduto i suoi poteri.

La giurisprudenza, salvo qualche sentenza che ha seguìto la dot-

(18) I poteri del magistrato, illimitati secondo il *Code de commerce* (art. 515) e la legge belga (art. 517), sono invece limitati secondo la *K. O.* germanica (§§ 186, 187, 188) e la *C. O.* austriaca (§ 227 e seg.). In Germania vi sono casi in cui l'omologazione *deve* essere negata d'ufficio: casi in cui *può* essere negata d'ufficio e casi in cui *deve* essere negata su istanza. D'ufficio il magistrato *deve* pronunciarla: 1° in caso di inosservanza delle norme prescritte per il procedimento e la conclusione del concordato; 2° quando si sia verificato uno di quegli avvenimenti che rende impossibile il concordato; 3° quando la percentuale è minore del 20 % e il fallimento è dovuto ad uno sleale contegno del debitore. *Può* pronunciarla d'ufficio quando il riparto inferiore al 20 % è dovuto a semplice colpa del debitore. — È necessaria una istanza, perchè il giudice sia obbligato a pronunciarla: 1° quando vi è stato dolo o disuguaglianza di trattamento; 2° quando il concordato è contrario al comune interesse dei creditori. V. **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 428 e seg. — Per il diritto austriaco v. **Pollak**, *Concursrecht*, pag. 421 e seg.

trina del Bolaffio (19), ha del resto tutta quanta intuito la necessità di una interpretazione che assicuri ai non assenzienti una tutela efficace, anche quando non vi siano opposizioni. Ma d'altro canto ha compreso che la riforma introdotta dal Codice vigente ha ristretto i poteri del giudice e che l'esame del merito del concordato non può essere che strettamente *obiettivo*, riguardare il *contratto* e non il *contraente*. E così, senza rendersi conto se le sue decisioni rispondessero ad un concetto organico della natura del giudizio di omologazione, del suo oggetto e, conseguentemente, dei poteri spettanti al magistrato, è venuta concordemente affermando che del concordato può rifiutarsi l'omologazione, tanto se siano state violate le norme di legge sulla formalità della convocazione e dell'adunanza, e sulla composizione della maggioranza, quanto se il consenso della maggioranza sia viziato da errore, dolo o violenza, quanto infine se la maggioranza, esorbitando dai suoi poteri, abbia consentito un contratto che non sia, nel senso rigoroso della parola, un *concordato*. La giurisprudenza tiene infatti per sicuro:

a) che non può omologarsi un concordato in cui il consenso della maggioranza sia stato ottenuto per errore, carpito con dolo o estorto con violenza (20);

b) che non può omologarsi un concordato in cui non sia fatto a tutti i creditori un trattamento uguale, anche se non vi siano state opposizioni (21);

c) che, anche in mancanza di opposizioni, non può omologarsi un concordato, in cui la percentuale offerta sia notevolmente inferiore all'attivo, e, in genere, un concordato che rappresenti pei creditori un sacrifizio sproporzionato di fronte alle condizioni del fallimento (22).

---

(19) A. Palermo, 25 gennaio 1894, *Foro*, 1894, 342; — ed esplicitamente, A. Torino, 10 giugno 1899, *Foro*, 1899, 1409. — Una sola sentenza conosco che abbia deciso doversi il tribunale limitare all'esame delle forme, anche se vi furono contestazioni: Trib. Roma, 23 dicembre 1898, *Rivista universale di giurispr. e dottrina*, 1899, 218.

(20) A. Napoli, 16 maggio 1884, *Foro*, 1884, I, 1152; — A. Genova, 30 aprile 1885, *Monitore*, 1886, 144; — A. Casale, 9 luglio 1886, *La Giurisprudenza di Casale*, 1886, 325; e 3 luglio 1891, *ivi*, 1891, 282.

(21) Trib. Biella, 14 aprile 1894, *Monitore*, 1894, 416 (si toglieva ai privilegiati incapienti il diritto di concorrere alle quote concordatarie); — Trib. Genova, 25 marzo 1890, *Temi genovese*, 1890, 250.

(22) Trib. Napoli, 25 gennaio 1886, *Consulente commerc.*, 1886, 61; — A. Bo-

§ 3. — Contenuto della sentenza di omologazione.

Sommario: 232. Cessazione o sospensione della procedura di fallimento. — 233. Caso in cui siano costituite garanzie reali o personali. — 234. Cancellazione dall'albo dei falliti e cessazione del procedimento penale. — 235. Notificazione della sentenza.

232. La sentenza che omologa il concordato deve, di regola, dichiarare chiusa la procedura di fallimento. Per la *Konkursordnung* germanica (§ 190) è necessaria una speciale ordinanza che il tribunale non può emettere se non è divenuta definitiva la sentenza di omologazione. Questa formalità inutile (1) non è richiesta presso di noi (arg. art. 840): la chiusura della procedura di fallimento è ordinata nella stessa sentenza che omologa il concordato. Ben più: una dichiarazione formale non è di rigore; in ogni sentenza omologativa è insita la pronuncia di chiusura del fallimento, l'art. 841 disponendo che lo stato di fallimento cessa tostochè la sentenza di omologazione non è più soggetta ad opposizione od appello. Nella pratica si usa non di rado una formula comprensiva, in cui è implicito l'ordine di chiusura del fallimento; il tribunale omologa il concordato, *a tutti gli effetti di legge.*

Ma se nel concordato, sia stata convenuta la semplice *sospensione* della procedura di fallimento, come pur permette la legge (art. 830) (2), allora la sentenza non soltanto dovrà espressamente pronunciare la sospensiva (chè, in difetto di una espressa pronuncia contraria, la sentenza omologatrice passata in giudicato fa cessare *ipso iure* la procedura di fallimento: art. 841 citato); ma dovrà

---

logna, 13 ottobre 1891, *Foro, Rep.*, 1891, voce *fallimento*, num. 209 e 210; — Cass. Roma, 23 maggio 1891, *Foro*, 1891, I, 654; — Cass. Roma, 3 giugno 1892, *Foro*, 1892, 674; — A. Roma, 2 ottobre 1894, *Temi romana*, 1894, 428; — Trib. Messina, 28 dicembre 1896, *Foro, Rep.*, 1897, voce *fallimento*, num. 199; — Trib. Palermo, 6 dicembre 1897, *Circolo giuridico*, 1897, 365; — Trib. Biella, 11 dicembre 1897, *La Giurisprudenza*, 1898, 55; — A. Catania, 7 marzo 1898, *Monitore*, 1898, 375.

(1) **Thaller**, *Faill.*, II, pag. 273.

(2) V. sopra, num. 192.

dare i provvedimenti opportuni per regolare la sospensione del procedimento (3).

233. Quando siano consentite ipoteche a garanzia degli interessati, la legge prescrive (art. 838) che la sentenza di omologazione stabilisca un breve termine entro il quale le ipoteche debbano essere *iscritte*. In tal caso gli effetti della sentenza restano sospesi fino a quando non sia avvenuta l'iscrizione (art. 838_2): che se l'iscrizione non fosse fatta entro il termine prefisso, l'omologazione s'intenderebbe come non data. Ciò si desume testualmente dalla legge, la quale non si è limitata a *condizionare* gli effetti della sentenza, facendoli dipendere dalla iscrizione dell'ipoteca (art. 838_2): ma ha voluto che questa condizione si verificasse entro un termine da stabilirsi dal tribunale. Adunque siamo qui in presenza di una *condizione, che deve verificarsi entro un dato termine*. Spirato inutilmente il termine, la condizione è mancata e la sentenza si ha come mai emanata. Lo dice espressamente l'art. 1167 Cod. civ. per le obbligazioni: " Quando una obbligazione è contratta sotto la condizione che un avvenimento segua in un tempo determinato, una tale condizione si reputa mancata, se il tempo sia spirato senza che l'avvenimento sia seguito ".

E se nel concordato sono state promesse altre garanzie reali e personali, pegni e fideiussioni? Dovranno queste essere costituite *prima* dell'omologazione? o si applicherà per analogia l'art. 838 ottenendo l'omologazione *condizionata*? o, infine, potrà concedersi incondizionatamente l'omologazione anche se non sono costituite prima, e senza che si subordini l'efficacia dell'omologazione alla loro costituzione? Quest'ultima soluzione va eliminata senz'altro. Se i creditori hanno aderito al concordato mediante promessa di una garanzia, ciò significa che essi hanno condizionato l'efficacia del concordato alla effettiva costituzione della garanzia. Altrimenti la promessa della garanzia non avrebbe nessun valore giuridico: perchè la promessa in sè nulla aggiunge all'obbligazione, se la garanzia non è prestata. Non può dunque concedersi l'omologazione con effetti immediati, quando l'efficacia del concordato è, per la volontà dei contraenti, subordinata alla costituzione delle garanzie. Anche la seconda soluzione offre difficoltà. Coll'applicare l'art. 838 si conseguirebbe

---

(3) V. sopra, num. 192.

bensì lo scopo di non dare efficacia al concordato prima che le garanzie siano costituite, ma si concederebbe al tribunale facoltà di stabilire un termine, mentre le parti non l'hanno voluto. Ora, se la prescrizione di un termine si comprende facilmente nel caso di ipoteche già *consentite*, e che si tratta ora soltanto di *iscrivere:* non si comprenderebbe nel caso di altre garanzie semplicemente *promesse*. L'ipoteca è costituita irrevocabilmente quando è consentita nei modi e nelle forme di legge, mentre la promessa di garanzia per sè, nulla aggiunge all'obbligazione esistente, giacchè anche l'obbligo di risarcire il danno che potrebbe derivarne si confonde con l'obbligo di soddisfare l'obbligazione principale (4). Non resta perciò che la prima soluzione; quando nel concordato sono promesse garanzie reali e personali, l'omologazione non può essere accordata se il concordato da condizionato non è divenuto incondizionato mediante la costituzione effettiva delle garanzie.

234. Infine la legge concede al giudice facoltà di ordinare, nella stessa sentenza di omologazione, che, dopo il completo adempimento degli obblighi portati dal concordato, il nome del debitore sia cancellato dall'albo dei falliti e la sentenza dichiarativa di fallimento sia revocata anche rispetto al procedimento penale (art. 839). Questa pronuncia, benchè ritualmente connessa colla sentenza di omologazione, ne è però sostanzialmente distinta. Il concedere o no questi beneficî è lasciato al prudente arbitrio del giudice, al quale la legge non fa che dare due criterî generalissimi di giudizio: l'esame delle circostanze del fallimento e quello delle condizioni del concordato. La omologazione del concordato è semplicemente condizione, perchè si possano concedere i beneficî dell'art. 839, ma il giudizio su questa concessione è diverso per oggetto e per natura da quello di omologazione. Da ciò deriva che la cancellazione dall'albo dei falliti e la cessazione del procedimento penale non sono effetti diretti del concordato, ma effetti della pronuncia connessa a quella di omologazione del concordato. E poichè il concordato è presupposto necessario della concessione di quei beneficî, tanto la cancellazione del nome dall'albo dei falliti, quanto la revoca del procedimento penale, possono considerarsi come *effetti indiretti* del

(4) Conformi al testo: A. Torino, 31 ottobre 1890, *La Giurisprudenza*, 1890, 379; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 913.

concordato. Di essi diremo più opportunamente a proposito degli effetti del concordato (5).

235. La sentenza che pronuncia sulla omologazione, l'abbia o no conceduta, deve, come ogni altra sentenza, essere portata a notizia degli interessati. Circa il *modo*, con cui la notizia deve essere data, bisogna distinguere tra sentenza pronunciata in Camera di Consiglio per mancanza di opposizioni, e sentenza pronunciata in contradittorio dei creditori opponenti:

a) se la sentenza fu emessa in Camera di Consiglio, sarà *necessaria* e *sufficiente* la pubblicazione nei modi indicati dall'art. 912. Necessaria, vuoi perchè anche qui si tratta di una pronuncia avente effetto generale, di fronte a tutti i creditori, rispetto ai quali tutti chiude la procedura di fallimento: vuoi perchè l'art. 912 prescrive la pubblicazione per tutte le sentenze ed ordinanze pronunciate giusta l'art. 836 senza distinzione. Ma la pubblicazione sarà anche sufficiente, nè occorrerà notificare singolarmente a ciascun interessato la decisione del tribunale. L'art. 912 ha appunto per iscopo di render note agli interessati le pronuncie più importanti emesse nel corso del fallimento, le quali così sono legalmente portate a notizia anche dei creditori che non hanno insinuato i loro crediti (6). E l'articolo ha avuto specialmente di mira quelle decisioni che, benchè emesse in Camera di Consiglio, hanno pure un effetto universale anche di fronte a coloro che non intervennero al procedimento; sicchè deve ritenersi che, *per queste*, la pubblicazione nei modi dell'art. 912 sia un *sostitutivo* della notificazione. Decisiva del resto è la disposizione dell'art. 840: il concordato omologato obbliga anche i creditori ignoti, pei quali la notificazione della sentenza non è certo possibile (7);

b) se la sentenza fu emessa in contradittorio degli opponenti, non è dubbio che la sentenza debba essere regolarmente notifi-

---

(5) V. più oltre, num. 252 e seg.

(6) *Atti della Commissione*, III, num. 942, verb. CLX.

(7) Conformi al testo: **Guariglia**, *Concord.*, pag. 251; — **Bolaffio**, *Temi veneta*, 1884, 515. — Contr. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8536, che richiede la notificazione al curatore; — e A. Venezia, 5 agosto 1884, *Temi veneta*, 1884, 515, che ritiene la sentenza passi in giudicato senza bisogno nè di pubblicazione, nè di notificazione. — È questo il sistema della *Konkursordnung* germanica anche nel caso di opposizione: § 189: " Il termine per proporre il reclamo comincia

cata a tutte le parti intervenute in causa. Ai creditori non opponenti non dovrà essere notificata per le stesse ragioni, per cui non deve essere notificata a nessuno la sentenza emessa in Camera di Consiglio; ma, per le identiche ragioni, la sentenza deve essere pubblicata nei modi dell'art. 912 anche quando vi siano state opposizioni. È insufficiente la sola notificazione agli opponenti: specialmente nel caso di omologazione. Si tratta sempre di decisioni che non interessano solo le parti comparse in causa, ma molte e molte altre persone, alcune delle quali possono essere ancora ignote, benchè legate dal contratto concluso ed obbligate a riconoscere come cosa giudicata la sentenza che lo omologa.

§ 4. — Impugnazione della sentenza che pronuncia sulla omologazione.

Sommario: 236. Impugnabilità da parte di coloro che intervennero nel procedimento di omologazione. — 237. Impugnabilità da parte di coloro che non intervennero nel procedimento: ipotesi del procedimento in Camera di Consiglio. — 238. Ipotesi del procedimento in contradittorio. — 239. Ragione fondamentale per cui neghiamo la impugnabilità dopo il passaggio in giudicato rispetto alle parti in causa e l'ammettiamo fino al passaggio in giudicato. — 240. Sentenza nulla. — 241. Riassunto della nostra teoria.

236. La sentenza che pronuncia sulla omologazione è certamente impugnabile. Lo stabilisce esplicitamente l'art. 913_2, eccettuando dalle sentenze inappellabili ed inopponibili quelle contemplate dall'art. 836. Ma quanto la regola generale è semplice e sicura, altrettanto complicate e dubbiose ne sono le applicazioni (1).

a) È certo anzitutto che possono impugnare la decisione del

colla pronuncia dell'ordinanza „. È l'ordinanza di chiusura del procedimento che deve essere pubblicata: § 190. — V. **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 432: " L'ordinanza che omologa o respinge il concordato si deve *pronunciare*, non notificare, nè pubblicare „; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 595.

(1) Secondo la *Konkursordnung* germanica, § 189, la decisione che omologa o respinge il concordato può essere impugnata dal debitore e da ogni creditore chirografario che aveva diritto a voto, con un *reclamo immediato* (" sofortige *Beschwerde* „). Il sistema è semplice e logico, dato, come è per il diritto concursuale germanico, che la decisione di omologa non ammette mai il contradittorio, ma richiede sempre che siano sentiti il debitore, i creditori e l'amministratore del concorso. — V. **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 432; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 596.

tribunale *coloro che intervennero nel procedimento di omologazione*. Ma diverso è il *rimedio* secondochè il procedimento sia avvenuto *in contradittorio* per la esistenza di opposizioni, oppure *in Camera di Consiglio*. Se vi è stato contradittorio, il rimedio concesso alle parti soccombenti (fallito e curatore, quando le opposizioni sono accolte: — creditori opponenti, quando sono respinte, ed è concessa l'omologazione) è l'*appello ordinario*. Il procedimento è avvenuto nelle forme ordinarie, ed i rimedi non possono essere che quelli ordinari concessi dal Codice di procedura civile. Se invece *non* vi è stato contradittorio, ma il procedimento è avvenuto in Camera di Consiglio per mancanza di opposizioni, coloro che domandarono la omologazione, potranno far *reclamo* alla Corte d'Appello in Camera di Consiglio, quando l'omologazione sia stata negata (2). Il diritto di proporre *reclamo* è concesso dall'art. 781 Cod. proc. civ. contro tutti i provvedimenti emanati in Camera di Consiglio, non solo in materia di giurisdizione volontaria, ma in tutte le materie da trattarsi senza contradittore (art. 781 e 778 Cod. citato). — È stato però sostenuto che, oltre al *reclamo* alla Corte d'Appello, spetti al fallito ed a tutti coloro che hanno domandato l'omologazione, anche il diritto di fare *opposizione* in via contenziosa davanti allo stesso tribunale (3). Questa dottrina si basa sopra una interpretazione dell'art. 913 Cod. comm. che già abbiamo dimostrato non potersi accettare (4). L'art. 913 non dice già che le quattro sentenze ivi enumerate, cioè quelle degli art. 693, 706, 816 e 836, sono *e* opponibili *e* appellabili, ma si limita ad eccettuarle dalla regola della non impugnabilità dichiarandole *o* opponibili *o* appellabili secondo le norme particolari date dalla legge nei singoli casi: l'opposto logico della doppia negativa non è la *doppia affermativa*, ma l'affermativa *alternativa*. Ora di quelle quattro sentenze due sole sono dichiarate dalla legge impugnabili col rimedio della *opposizione:* le decisioni degli art. 693 e 706: nè

---

(2) A. Venezia, 20 maggio 1887, *Foro*, 1887, 572; — A. Milano, 19 marzo 1889, *Monitore*, 1889, 474; — A. Milano, 23 aprile 1889, *Monitore*, 1889, 474; — A. Venezia, 5 febbraio 1892, *Diritto comm.*, 1892, 273; — A. Milano, 10 luglio 1895, *Monitore*, 1896, 354; — Trib. Bari, 12 marzo 1897, *Foro*, *Rep.*, 1897, voce *fallimento*, num. 211; — **Bolaffio**, *Foro*, 1887, 572; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 909; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 253. — Contr. **Mortara**, *Foro*, 1890, 1249.

(3) **Bolaffio**, *Foro*, 1887, 572.

(4) V. sopra, num. 130, nota 14.

è possibile estendere per analogia ad altre sentenze un rimedio tutto affatto speciale come l'*opposizione di fallimento*. — Non è mancata infine qualche decisione che ha affermato potersi la sentenza che nega l'omologazione in Camera di Consiglio impugnare con appello in *contradittorio* (5). Ma un procedimento in Camera di Consiglio che si trasforma in procedimento in contradittorio solo in grado d'appello, non è concepibile: se del contradittorio si è fatto a meno in primo grado, perchè sarà necessario in appello? La regola generale in materia di impugnazione delle pronuncie emesse in Camera di Consiglio è data dall'art. 781 Cod. proc. civ., richiamato espressamente anche per la procedura di fallimento dall'art. 685 Cod. comm. Occorrerebbe una disposizione speciale per derogarvi, e questa disposizione, implicita od esplicita, la legge non l'ha sancita (6).

237. *b)* Più grave è la questione della impugnabilità della sentenza di omologa da parte di *chi non intervenne nel procedimento*. Le ipotesi qui possono esser due. O non vi furono affatto opposizioni, e la sentenza che accorda l'omologazione è emessa in Camera di Consiglio: potrà qualcuno dei creditori dissenzienti impugnare la sentenza di omologazione *già pronunciata*? O vi furono opposizioni, ma il tribunale le respinse ed accordò l'omologazione: potrà im-

---

(5) A. Milano, 10 luglio 1895, *Monitore*, 1896, 354; — A. Torino, 24 novembre 1890, *Diritto comm.*, 1891, 236. — In materia analoga (cioè di revoca della sentenza dichiarativa, a norma dell'art. 815) l'A. Venezia, 25 febbraio 1895, *Foro*, 1895, 916, è arrivata ad affermare che solo l'appello in via contenziosa è ammissibile, perchè non si tratta di *affare di volontaria giurisdizione*. Come se la norma dell'art. 781 Cod. proc. civ. fosse scritta per i soli affari di volontaria giurisdizione e non per tutti gli affari da trattarsi in *Camera di Consiglio*. È il solito equivoco tra *volontaria giurisdizione* e *procedimento in Camera di Consiglio*.

(6) Se è il fallito che impugna la sentenza, niun dubbio che egli potrà stare in causa personalmente, e non a mezzo del curatore. Abbiamo notato più volte che il concordato essendo un contratto del fallito *colla massa*, il fallito, che nessuna incapacità colpisce durante il fallimento, ma solo un divieto di pregiudicare coi suoi atti la massa, può agire sempre personalmente, perchè non si può pregiudicare *la massa*, contrattando *colla massa*, e stando in giudizio relativamente a questo contratto. Così ha sempre deciso la giurisprudenza: v. A. Venezia, 18 novembre 1886, *Foro*, 1887, 123; — Cass. Roma, 3 giugno 1892, *Foro*, 1892, 674; — **Malpeli**, *I mezzi d'impugnativa*, pag. 152 e seg.

pugnare la sentenza il creditore non assenziente che *non fece opposizione*?

Noi riteniamo per sicuro che non possa impugnarsi in alcun modo la sentenza di omologazione emessa in Camera di Consiglio, per mancanza di opposizione. Come abbiamo più volte notato, il sistema della nostra legge è questo. La legge pone come principio fondamentale che " nessuna azione di nullità del concordato è ammessa dopo l'omologazione „ (art. 842_3); il che significa che le cause di nullità debbono essere vagliate nel giudizio di omologazione e che la sentenza di omologazione ha valore di cosa giudicata quanto alla dichiarazione di validità del concordato. Ma per non rendere iniqua la condizione dei creditori aventi interesse a far annullare il concordato, e contemporaneamente, per non rendere difficile l'omologazione, coll'obbligare fallito ed assenzienti a procurarsi il contraddittorio dei dissenzienti, lontani o ignoti, la legge ha adottato il temperamento seguente. Essa ha dato diritto ai creditori non assenzienti di ottenere l'annullamento del concordato prima della omologazione, assegnando loro uno spazio libero di otto giorni, durante i quali l'omologazione non può avvenire; ma d'altro canto li ha obbligati a iniziare essi il contraddittorio, facendo valere le nullità in via di *azione*, invece che in via di *eccezione*. — In questo sistema è evidente che se i creditori non assenzienti, non soltanto lasciano passare il termine, ma fanno giungere a decisione il procedimento di omologa, senza esperire le azioni di nullità, l'omologazione avvenuta, toglie loro irreparabilmente ogni diritto a fare annullare il concordato. Non già che essi non possano proporre appello, perchè la sentenza di omologazione sia, *di per sè*, inappellabile: sono essi, che non avendo fatto opposizione in tempo, sono *decaduti* dal diritto di far valere azioni di nullità, comunque le facciano valere, o mediante nuovo giudizio di primo grado, o mediante appello, o mediante opposizione. Se, invece, avessero esercitato le azioni di nullità prima che l'omologazione non le facesse decadere, avrebbero acquistato il diritto di esercitare l'azione per tutti i gradi di giurisdizione e la sentenza contraria di primo grado non avrebbe certo tolto loro il diritto di appellare. Ma trascurarono di valersi in tempo del loro diritto: la sentenza di omologazione li ha colti, ed ha chiuso irrimediabilmente la via ad ogni azione di nullità.

Questa soluzione è una conseguenza naturale del carattere che

noi crediamo debba attribuirsi all'*opposizione al concordato*. Se l'opposizione non è che il mezzo processuale concesso dalla legge per esercitare le azioni di nullità spettanti contro il concordato, la correlazione tra l'art. 836 e l'art. 842 diviene evidente, ed è forza concluderne che *sotto nessuna forma i creditori aventi diritto ad esercitare l'azione di nullità possono esercitarla dopo l'omologazione*.

A questa obbiezione d'indole sostanziale, altre d'indole formale se ne aggiungono. *Con qual rimedio* potrebbe un dissenziente impugnare l'omologazione pronunciata in Camera di Consiglio e senza opposizioni? — Coll'*appello*, no certo: 1° perchè non sarebbe ammessibile che il contradittorio cominciasse in secondo grado di giudizio, facendo perdere al fallito e ai creditori della maggioranza un grado di giurisdizione; 2° perchè chi non è parte in causa nel giudizio di primo grado non può appellare, e i creditori non assenzienti *non* sono parti in causa: il curatore rappresenta soltanto, *quando sia comparso* (si ricordi che l'omologazione in Camera di Consiglio può essere ottenuta da *qualunque interessato*), i creditori assenzienti, non i dissenzienti, i quali, anche quando non si siano opposti al concordato, non si possono considerare assenzienti (7). — Coll'opposizione contumaciale neppure, perchè presuppone il giudizio in contradittorio, e la citazione del convenuto non in persona propria (art. 474 Cod. proc. civ.). — Coll'opposizione di terzo nemmeno: perchè hanno diritto a proporre opposizione di terzo coloro che

---

(7) V. sopra, num. 229. — Il **Mortara**, *Foro*, 1890, 1250, e *Giurisprudenza it.*, 1892, 1, 339, afferma che i creditori non assenzienti, ma non opponenti, *sono parti in causa*: ma parti in causa che *non hanno prese conclusioni*, giacchè quelle prese dal curatore riguardano il suo *munus publicum*, non i creditori singolarmente. A noi però non riesce molto chiara questa condizione giuridica, per cui i creditori non assenzienti sono bensì rappresentati dal curatore, in quanto il curatore sta in causa per essi, ma non lo sono più, in quanto il curatore prende delle conclusioni. La contradizione, ci sembra, non consente che il rappresentato contemporaneamente diseonosca l'opera del rappresentante e approfitti della rappresentanza. — E neanche è perentorio l'altro argomento del **Mortara**, che il creditore non opponente deve necessariamente esser parte in causa, altrimenti non potrebbe concepirsi come la sentenza omologativa abbia forza obbligatoria per *tutti i creditori*, come dispone l'art. 840. È questo il solito concetto, da noi combattuto, che la forza obbligatoria del concordato derivi dalla *sentenza* e non dal *contratto*. Ora nel contratto tutti sono intervenuti, anche se dissenzienti, perchè l'organo della volontà collettiva, la maggioranza, ha potestà di obbligare tutti.

ricevono dalla sentenza una semplice *turbativa di fatto,* ma che potrebbero disconoscerla come *res inter alios,* instaurando *un nuovo giudizio* per far valere le azioni che loro competono (8): mentre non è questo il caso dei dissenzienti non opponenti che nè avrebbero diritto di esercitare *ex novo* l'azione di nullità, nè risentono dalla sentenza una mera turbativa di fatto. — Non può infine spettare *reclamo* alla Corte d'Appello in Camera di Consiglio, come si è affermato da qualche sentenza (9), perchè colla impugnazione della sentenza di omologa si instaura necessariamente un contradittorio, che non può espletarsi in Camera di Consiglio, ma richiede un procedimento in pubblica udienza (10).

238. Non totalmente identica si presenta la posizione, quando la omologazione sia stata concessa in un giudizio in contraddittorio, malgrado le opposizioni di alcuni creditori. In questo caso non è dubbio che i creditori *opponenti e soccombenti* possano appellare. Il giudizio di appello è una *continuazione* del giudizio di primo grado: si tratta di un giudizio unico che attraversa due fasi successive; l'azione di nullità, spiegata tempestivamente, può esercitarsi per tutte le fasi del procedimento. Ma i creditori *non opponenti* in

---

(8) V. **Mortara**, *Manuale della procedura civile,* II, num. 670; — **Mattirolo,** *Trattato di diritto giudiziario civile,* IV, num. 941 e 947; — **Galluppi**, *Teoria della opposizione del terzo,* Torino, 1895, num. 87 e 96.

(9) A. Genova, 15 giugno 1889, *Temi genovese,* 1889, 598.

(10) La soluzione adottata nel testo è accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti: v. **Bolaffio**, *Giur. it.,* 1892, I, 336; — **Guariglia**, *Concord.,* pag. 252; — **Cavo**, *Concord.,* num. 87; — **Cuzzeri**, *Comm.,* num. 908; — **Mattirolo,** *Trattato di diritto giudiziario civile,* 4ª ed., IV, num. 484 e seg.; — **Malpeli**, *I mezzi d'impugnativa,* pag. 142 e seg.; — **Bédarride**, *Faill.,* II, num. 585; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité,* VII, num. 605; — A. Venezia, 5 agosto 1884, *Temi veneta,* 1884, 515; — A. Milano, 20 dicembre 1884, *Legge,* 1885, I, 587; — A. Roma, 26 giugno 1890, *Foro,* 1890, 893; — A. Messina, 17 ottobre 1890, *Foro,* 1891, 202; — Cass. Roma, 15 febbraio 1892, *Foro,* 1892, 249; — A. Bologna, 16 maggio 1895, *Foro, Rep.,* 1895, voce *fallim.,* num. 188; — Cass. Napoli, 2 maggio 1896, *Foro,* 1896, 785; — A. Catania, 2 luglio 1897, *Consulente comm.,* 1897, 277. — Contr. **Vidari**, *Corso,* IX, num. 8538 (il quale non sappiamo come possa conciliare questa sua opinione coll'altra, che il termine dell'art. 836 sia *perentorio*: v. *Corso,* IX, num. 8513); — **Mortara**, nel *Digesto italiano,* voce *Appello civile,* num. 561; — nel *Foro,* 1890, 893 e 1246; — nella *Giur. it.,* 1892, I, 336; — A. Catania, 16 agosto 1888, *Foro,* 1888, 880; — Trib. Livorno, 30 aprile 1890, *Dir. commerciale,* 1890, 522; — A. Catanzaro, 20 febbraio 1897, *Foro, Rep.,* 1897, voce *fallim.,* num. 212.

primo grado, potranno far valere, in appello, i loro diritti all'annullamento del concordato?

Noi crediamo anzitutto che i non opponenti in primo grado possano *intervenire* nel giudizio d'appello, quando l'appello sia stato proposto da un opponente. Proposto l'appello, il procedimento non è terminato colla pronuncia di primo grado, ma *continua* in una seconda fase: e poichè il termine per fare opposizione non è perentorio, nulla vieta che l'opposizione si spieghi in via di intervento in appello, mentre ancora il giudizio di omologazione non è espletato. Ma, ammessa la non perentorietà del termine, ci sembra si possa andare anche più oltre, ed affermare la impugnabilità *diretta* della sentenza di omologazione da parte dei creditori non opponenti in primo grado, *finchè la sentenza non sia passata in cosa giudicata per essere trascorsi i termini per appellare*. Questa opinione, parzialmente divergente dalla dottrina dominante, richiede una più ampia giustificazione.

Il presupposto necessario perchè si applichi il divieto dell'art. 842 di proporre azioni di nullità dopo l'omologazione (eccezion fatta dell'azione di nullità per dolo scoperto dopo l'omologazione: vero caso di revocazione) è che la sentenza di omologazione sia passata in cosa giudicata. Ora, se è vero, come abbiamo veduto, che non si può *impedire alla sentenza di omologazione di passare in cosa giudicata iniziando un'azione di nullità*, è del pari vero che quando la sentenza *non è passata in cosa giudicata* per un motivo diverso e sicuro, l'azione di nullità è sempre ammissibile. La grande, profonda differenza tra il caso della pronuncia emessa in Camera di Consiglio e il caso della pronuncia in contradittorio, sta in ciò: che nel primo, non si può argomentare dalla ammissibilità dell'azione di nullità la impugnabilità della sentenza e il suo non passaggio in cosa giudicata, chè sarebbe un dare per dimostrato ciò che si deve dimostrare. Nel secondo, la sentenza è già, di per sè, impugnabile, già di per sè, non è definitiva: è già dimostrato che non costituisce cosa giudicata. Possiamo perciò concludere tranquillamente, in questo ultimo caso, e solo in questo ultimo caso, che il divieto dell'art. 842 non ha luogo, e che l'azione di nullità si può esperire, fino a che, per il decorso dei termini, la sentenza sia passata in giudicato.

Si tratta dunque, in definitiva, di questo: l'opposizione al concordato, cioè l'azione di nullità contro il concordato, la quale si può

spiegare anche oltre gli otto giorni dell'art. 836, e finchè il concordato non sia omologato, non trova ostacolo in una sentenza di primo grado impugnabile e quindi non costituente cosa giudicata. Da ciò si desume quale è il carattere del rimedio offerto contro la sentenza omologativa di primo grado. Il rimedio è l'*opposizione di terzo*. L'*appello* non sarebbe ammissibile perchè il creditore dissenziente, benchè non opponente, non è parte in causa nel giudizio di primo grado, dove il curatore rappresenta solo gli assenzienti. Vi sono invece tutti gli estremi della opposizione di terzo. Il dissenziente non opponente è *terzo*, perchè non è intervenuto nel giudizio di primo grado: avrebbe diritto di esercitare *ex-novo* un'azione di nullità che non è ancora perenta: ed infine è *pregiudicato* dalla sentenza di primo grado, la quale, senza togliergli ancora il diritto di far valere la nullità, glielo *restringe*, perchè, trascorso inutilmente i termini, e confermata in appello la decisione, l'azione di nullità non può più esercitarsi.

Tutto ciò risulta dal sistema della legge, in quanto non dichiara più, come faceva il Codice del 1865, la perentorietà del termine per l'opposizione: data la non perentorietà del termine, l'impugnabilità della sentenza in contradittorio da parte dei non opponenti di primo grado, è una necessità indeclinabile. Ma anche il testo della legge conforta questa interpretazione. L'art. 841 dispone che lo stato di fallimento cessa e con esso le funzioni del curatore e della delegazione di sorveglianza " tostochè la sentenza di omologazione del concordato *non sia più soggetta ad opposizione od appello* „. Il Codice del 1865 diceva semplicemente: " tostochè la sentenza di omologazione sia passata in cosa giudicata „. La legge vigente ha voluto specificare il modo con cui passa in giudicato quella sentenza ed ha fatto intendere, indirettamente, ma chiaramente, che vi sono casi, in cui la sentenza di omologa è suscettibile di *opposizione*. Ora se si stabilisse, come fa l'opinione dominante, che in *nessun caso* la sentenza che conceda l'omologazione, può essere impugnata da chi non fece in tempo opposizione, intervenendo nel giudizio in contradittorio, non si comprende *quando* potesse essere concessa l'opposizione contro la sentenza omologativa. I creditori opponenti ed intervenuti nel giudizio di primo grado non potrebbero certo fare opposizione contro la sentenza di omologa. Ad essi non compete che l'appello, non l'*opposizione:* non l'opposizione contumaciale, perchè sono essi gli attori: non l'oppo-

sizione di *terzo* perchè sono intervenuti nel giudizio. Quanto alle altre parti in causa, fallito e curatore, non è a parlarsi di opposizione, perchè la sentenza fu loro favorevole. La legge avrebbe dunque, all'art. 841 adoperato una espressione parzialmente *inutile*: ma i pleonasmi legislativi non sono da ammettersi così facilmente: l'aver l'art. 841 ricordato l'*opposizione* come mezzo per impugnare la sentenza di omologa prima del passaggio in giudicato deve pur significare qualcosa. Ed un significato dà appunto alla espressione dell'art. 841 la nostra dottrina, la quale concede ai creditori non assenzienti, non intervenuti nel giudizio in contradittorio di primo grado, il diritto di *opporsi* di terzo alla sentenza che concesse l'omologazione. È inutile aggiungere che l'opposizione di terzo deve essere proposta nel termine per appellare: che se si lasciasse passare in giudicato la sentenza, la regola dell'art. 842 riprenderebbe il suo impero e nessuna azione di nullità, sotto qualunque forma proposta, sarebbe oramai più ammissibile (11).

239. Pensatamente, nello svolgere la questione dell'impugnabilità della sentenza omologativa da parte dei creditori non opponenti nel giudizio di primo grado, abbiamo tralasciato di premettere alla soluzione del nostro problema un'indagine, che si suol ritenere preliminarmente necessaria: quella cioè sulla natura processuale

---

(11) Si ritiene generalmente anche in giurisprudenza (v. A. Lucca, 19 febbraio 1889, *Foro*, 1889, 773; — Cass. Firenze, 5 settembre 1890, *Foro*, 1890, 1246) che la sentenza di omologazione emessa in contradittorio non sia mai impugnabile dai creditori non opponenti: v. così: **Bolaffio**, *Giur. it.*, 1892, I, 336; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 908; — e tutta la dottrina e giurisprudenza francese: — **Pardessus**, *Cours*, III, num. 1245; — **Renouard**, *Faill.*, I, pag. 63; — **Bravard-Veyrières** e **Demangeat**, *Droit comm.*, V, pag. 418; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 605; — A. Parigi, 9 agosto 1893, *Journ. des faill.*, 1894, 114; — A. Aix, 9 gennaio 1892, *Journ. des faill.*, 1893, 374. — Ma se questa dottrina assoluta è giustificata in Francia, dove il termine per l'opposizione è certamente perentorio, non lo è altrettanto in Italia, dove la perentorietà del termine deve essere esclusa. La stessa dottrina e giurisprudenza francesi del resto ammettono il creditore non opponente ad intervenire nel giudizio d'appello, dimenticando il principio di diritto processuale che può intervenire in appello solo chi può fare opposizione di terzo (sul quale principio v. **Mortara**, *Man. della proc. civ.*, II, num. 598 e Cod. proc. civ., articolo 491): v. così: A. Tolosa, 7 agosto 1889, *Journ. des faill.*, 1890; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 605.

del giudicato di omologazione (12). Egli è che noi riteniamo affatto irrilevante per la questione che ci preoccupa lo stabilire se la sentenza omologativa, ancorchè emessa in Camera di Consiglio, sia una vera sentenza, e se il procedimento di omologazione sia un procedimento contenzioso o di volontaria giurisdizione. Noi non ricerchiamo affatto se la sentenza di omologazione sia, *per sua natura,* impugnabile: e non ne avremmo bisogno perchè l'art. 913, in questo punto almeno, è chiarissimo e dispone testualmente per la impugnabilità della sentenza che omologa il concordato. Noi ci domandiamo invece *se la sentenza è impugnabile da parte dei creditori non intervenuti.* Non discutiamo insomma sulla *impugnabilità obiettiva,* ma della *impugnabilità subiettiva* riguardo ai creditori non opponenti. L'essere quindi il procedimento contenzioso o di volontaria giurisdizione ci è indifferente, quando concediamo che la sentenza è *obiettivamente impugnabile*: si tratta invece di ricercare se l'impugnazione da parte dei creditori non opponenti trovi ostacoli nella condizione giuridica di questi creditori. La verità è che *non ogni sentenza impugnabile è impugnabile da tutti.* Per il Bolaffio l'ostacolo deriva dalla decadenza che colpisce le azioni dei dissenzienti dopo scaduto il termine di otto giorni dell'art. 836 (13). Per noi, che non crediamo perentorio quel termine, la decadenza non sopravviene, pel combinato disposto degli art. 836 e 842, che colla sentenza omologativa. Qualunque sia la natura della sentenza, qualunque sia la natura del procedimento di omologazione, ciò non influisce affatto sul punto fondamentale della nostra teoria: che *i dissenzienti non opponenti non sono parti in causa.* È per questo che non si può far questione di *appellabilità* della sentenza da parte loro: si potrebbe far questione soltanto di *opponibilità di terzo.* Ma l'opposizione di terzo incontra un ostacolo insormontabile nell'art. 842 che vieta ogni azione di nullità *dopo l'omologazione.* Quando dunque la sentenza di omologazione è divenuta definitiva *rispetto alle parti in causa,* si verifica quella condizione che fa decadere i non assenzienti dalle loro azioni di nullità. E anche l'opposizione di terzo è loro preclusa definitivamente.

---

(12) V. la penetrante trattazione del **Mortara**, *Foro*, 1890, 893 e seg.; 1246 e seg.; e *Giur. it.*, 1892, 1, 339.

(13) **Bolaffio**, *Giur. it.*, 1892, I, 333.

240. Una sola, *apparente eccezione* soffre questa regola generale, che *la sentenza di omologazione, definitiva rispetto alle parti in causa, fa decadere i non assenzienti dalle loro azioni di nullità, e quindi toglie loro ogni modo di impugnare la sentenza.* Ed è il caso della omologazione pronunciata da una sentenza *nulla.* Quando la sentenza è *nulla come atto giudiziario,* o perchè manca dei requisiti prescritti dagli articoli 360 e 361 Cod. proc. civ. a pena di nullità, o perchè pronunciata da magistrato incompetente, o perchè pronunciata intempestivamente, prima del termine di 8 giorni stabilito dall'art. 836 a favore dei non assenzienti, il presupposto della decadenza vien meno. Solo una pronuncia giudiziaria *valida,* e non *qualunque pronuncia* può produrre effetto così grave, come la decadenza del diritto di un *terzo.* Sta bene che, *fra le parti in causa,* anche la sentenza nulla rimane sanata ed ha forza di cosa giudicata, quando non sia impugnata in appello nei termini di legge: ma *l'acquiescenza delle parti non può rendere rispetto a un terzo valido un atto che per sè è nullo.* Ecco dunque che i creditori non assenzienti potranno sempre disconoscere una sentenza di omologazione *nulla come sentenza,* e farla annullare in ogni tempo colla opposizione di terzo (giacchè parti in causa non erano) riacquistando così il diritto all'esercizio delle azioni di nullità contro il concordato. Nè con ciò si viola il divieto dell'art. 842: finchè la sentenza di omologazione, benchè viziata di nullità, non è stata annullata, l'esercizio delle azioni di nullità contro il concordato è impossibile. L'opposizione di terzo non potrà quindi attaccare che la *validità della sentenza come atto giudiziario,* in nessun caso il *contenuto della pronuncia.* Il riacquisto delle azioni di nullità sarà una *conseguenza* dell'annullamento della sentenza, quando sarà pronunciato: *quod nullum est, nullum producit effectum.* Ed allora soltanto i creditori non assenzienti, che non furono parte in causa nel primo giudizio, potranno opporsi al concordato, purchè lo facciano prima che una nuova e regolare sentenza di omologazione precluda loro nuovamente la via alle azioni di nullità (14).

---

(14) L'opinione difesa nel testo, che è stata accettata dalla Corte d'Appello di Lucca, 13 febbraio 1890, *Foro,* 1890, 1268; — dalla Cassazione Firenze, 5 settembre 1890, *Foro,* 1890, 1245, — e dell'A. Genova, 15 febbraio 1892, *Temi gen.,* 1892, 236, è quella dominante in Francia, dove, malgrado la accertata perentorietà del termine per l'opposizione, si ritiene, che possano i creditori non

241. Volendo ora riassumere in una breve proposizione la nostra teorica diremo che *la sentenza la quale omologa il concordato non è impugnabile dai creditori non opponenti dopo che la sentenza è divenuta definitiva rispetto alle parti in causa, salvo il caso di nullità della sentenza.* Dalla quale formulazione soltanto della teorica risultano le regole seguenti:

α) la sentenza di omologa emessa in Camera di Consiglio, la quale è certo definitiva rispetto a coloro che l'hanno domandata e che non hanno interesse ad impugnarla, non può *mai* essere impugnata dai creditori non assenzienti, i quali non hanno fatto opposizione nel termine di otto giorni;

β) la sentenza di omologa emessa in contradittorio non può essere impugnata dai creditori non opponenti dopo che è passata in giudicato rispetto agli opponenti: fino a questo momento, lo può, colla opposizione di terzo;

γ) la sentenza di omologazione sia in Camera di Consiglio, sia in contradittorio, *nulla* come atto giudiziario, è sempre suscettibile di impugnazione colla opposizione di terzo da parte dei creditori non intervenuti nel giudizio (15).

---

assenzienti, anche non intervenuti nel giudizio di opposizione, impugnare la sentenza di omologazione " en raison des irrégularités du jugement en la forme ". — V. **Pardessus**, *Cours*, III, num. 1245; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 605; — A. Caen, 2 agosto 1875. *Dalloz*, 1876, 2, 105.

(15) Anche nella materia della impugnazione della sentenza che pronuncia sulla omologazione, lo *Schema* **Mortara** ha una disposizione, che opportunamente rompe il silenzio serbato dal Codice attuale e da quello preesistente su questa delicata materia. Lo *Schema* stabilisce che contro la sentenza che ricusa l'omologazione, e contro quella che lo omologa respingendo le opposizioni, è proponibile appello: nel primo caso da parte del fallito in contradittorio del curatore e dei creditori opponenti: nel secondo caso da parte di questi ultimi, in contradittorio del curatore e del fallito (art. 830). — Mi permetto di fare qualche osservazione su queste nuove norme dello *Schema.* Sta bene che l'appello si proponga in contradittorio degli opponenti, dal fallito, e in contradittorio del fallito e del curatore, dagli opponenti, nel caso che vi siano state opposizioni. Ma perchè dovrà essere proposto dal fallito in contradittorio del curatore soltanto, quando opposizioni non vi siano state, e ciononostante il tribunale abbia ricusato la omologazione? Che interesse ha il curatore ad opporsi all'omologazione, quando *nessun* creditore si oppone; quando anzi, egli stesso desidera che l'omologazione sia concessa? Lo *Schema*, è vero, gli ha dato *facoltà* di non prendere conclusioni (art. 829_2): ma non gli ha tappato la bocca. Può darsi che le abbia prese, e le abbia prese favorevoli all'omologazione. Il tribunale non

CAPITOLO V.

Gli effetti.

§ 1. — Effetti immediati del concordato.

N° 1. — *Effetti sui rapporti obbligatorî fra debitore e creditori.*

Sommario: 242. Effetti diretti e indiretti del concordato. — 243. Principali effetti del concordato sui preesistenti rapporti obbligatorî. — 244. Condizione giuridica dei fideiussori dopo il concordato. — 245. Rispetto a quali creditori il concordato ha efficacia. — 246. *Effetti del concordato sociale:* *a)* Effetti rispetto ai soci a responsabilità limitata. — 247. *b)* Effetti rispetto ai soci a responsabilità illimitata.

242. Degli effetti, che il concordato omologato produce, alcuni sono *diretti,* altri sono soltanto *indiretti:* di questi ultimi il con-

omologa, ed egli sarà il legittimo contraddittore nel giudizio d'appello? Avremo così il poco edificante spettacolo di una parte che in primo grado sostiene un assunto e in secondo grado un altro, perfettamente opposto. Si dirà che il curatore può anche in secondo grado associarsi alla domanda di omologazione: ma allora il suo contradittorio non si rivela inutile? Meglio dunque mantenere il sistema del Codice attuale, che in prima, e quindi anche in seconda istanza fa a meno del contradittorio, quando non c'è il contraddittore. — Non sembra logico poi che il curatore sia il contraddittore del fallito se è questi che appella, e il contraddittore degli opponenti, se appellano gli opponenti, e ciò prescindendo dalle conclusioni che abbia potuto prendere nel giudizio di primo grado. Il curatore così, (il quale certo non può più ritenersi rappresentante della massa, che a mezzo della maggioranza ha voluto il concordato e non potrebbe che volere la omologazione) diviene quasi un fantoccio, messo lì a far da contraddittore, secondo che più torni comodo, per rendere possibile un giudizio in contraddittorio. Infine l'art. 830 dello *Schema* ha il difetto di non risolvere molto equamente la questione agitata sotto l'impero del Codice attuale, e nella quale il prof. **Mortara** ha avuto parte così autorevole: quella cioè della impugnabilità della sentenza di omologazione da parte dei creditori non opponenti nel giudizio di primo grado. L'art. 830 dice: " Contro la sentenza che ricusa l'omologazione del concordato, e contro quella che lo omologa respingendo le opposizioni, è proponibile appello: nel primo caso da parte del fallito in contraddittorio del curatore *e dei creditori opponenti;* nel secondo caso

cordato è un presupposto *necessario,* ma non sufficiente, in quanto occorre il concorso di altre condizioni perchè possano verificarsi. Con una formula sintetica può dirsi, che il concordato produce effetti diretti solo nel campo *privatistico:* ma che da esso, nel sistema del diritto vigente, non possano derivare effetti *pubblicistici,* se non concorrono particolari presupposti ed una pronuncia apposita del magistrato.

Gli effetti, che il concordato produce *di per sè,* ed immediatamente dopo l'omologazione, concernono i *rapporti obbligatorî* fra debitore e creditori, e *la procedura collettiva di fallimento.*

243. Circa gli effetti che il concordato produce sui *preesistenti rapporti obbligatorî,* poco ci rimane da aggiungere, dopo quanto ne abbiamo detto, a proposito della *natura giuridica del concordato* (1). Richiamando le conclusioni a cui siamo allora pervenuti possiamo così riassumere gli effetti del concordato: *il concordato si risolve, rispetto alle antiche obbligazioni, in un " pactum de non petendo " per cui i creditori rinunziano parzialmente all'azione contro il debitore, o si obbligano a non esercitarla che in un tempo e in un modo determinato.* E richiamiamo qui, pure, le principali conseguenze che da questo principio derivano:

a) Il concordato non estingue le antiche obbligazioni, sostituendo ad esse delle nuove, cioè non produce *novazione.* Le obbligazioni del fallito dopo il concordato sono sempre le antiche obbligazioni fondate sullo stesso titolo, forti delle stesse garanzie (2).

---

da parte *di questi ultimi,* in contraddittorio del curatore e del fallito ,; ciò significa che *soltanto i creditori opponenti* nel giudizio di primo grado possono appellare dalla sentenza di primo grado: " *questi ultimi* " non possono essere che i *creditori opponenti,* in contraddittorio dei quali il fallito può proporre appello contro la sentenza che ricusa l'omologazione: e cioè i creditori che sono intervenuti nel giudizio di omologazione e si sono opposti. Ma così si toglie qualunque mezzo per far valere i loro diritti ai creditori non opponenti nel giudizio di primo grado, peggiorandosi le condizioni del Codice vigente, il quale, se non altro, lascia uno spazio di otto giorni liberi per fare opposizione: mentre lo *Schema* permette che l'omologazione avvenga in qualunque epoca ad arbitrio del giudice delegato e non provvede neanche perchè i creditori non intervenuti all'adunanza ne siano avvisati.

(1) V. sopra, num. 84 e seg.

(2) V. sopra, num. 86. — Quindi non soltanto le fideiussioni che garantivano le obbligazioni prima del concordato non si estinguono, come risulta te-

b) Anche dopo il concordato, permane, per la parte di credito, per la quale i creditori hanno rinunziato all'azione, una *obbligazione naturale*, che vieta al fallito di ripetere ciò che abbia pagato senza violenza, dolo o errore, in più della percentuale promessa; — che rende atto a titolo oneroso il pagamento eseguito in soddisfacimento di quella quota; — che rende possibile l'esistenza di una garanzia per quella quota; — che, infine, può costituire causa legittima e sufficiente di una obbligazione civile (3).

c) Il concordato non libera i coobbligati e fideiussori, neppure per la parte di credito a cui i creditori hanno rinunziato: perchè la rinunzia non equivale a rimessione, nè estingue il credito, ma concerne solo l'azione contro il fallito e crea a suo favore una semplice eccezione personale (4). Perciò i fideiussori e coobbligati sono tenuti *per l'intiero*, non soltanto verso i creditori non assenzienti ma anche verso coloro che assentirono il concordato, come dispone testualmente l'art. 792 (5).

d) Il concordato, in quanto concede al fallito riduzione di una parte dei crediti (concordato *remissorio*) importa una vera *rinunzia*

---

stualmente dall'art. 792, ma le obbligazioni permangono con tutte le qualità e le prerogative che avevano prima del concordato: civili o commerciali se tali erano prima; cambiarie, se derivavano da cambiale; fornite di forza esecutiva, se dipendevano da un titolo esecutivo: v. Cass. Roma, 5 giugno 1894, *Foro*, 1894, 768 (per gli effetti di titolo esecutivo in un credito dipendente da cambiale); — Cass. francese, 5 aprile 1892, *Journ. des faill.*, 1892, 433; — A. Aix, 14 novembre 1889, *Journ. des faill.*, 1890, 61 (per la prescrizione quinquennale di un credito cambiario); — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 626; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 462. — Contr. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8544.

(3) V. sopra, num. 88. — E perciò giustamente la Corte d'Appello di Messina decideva che " il dividendo, che, per effetto del concordato stabilito dalla maggioranza dei creditori, si dà ai creditori in conto dei loro crediti, non li salda totalmente: usa quindi del suo diritto il creditore che rifiuta l'offerta condizionata alla totale estinzione del suo credito ". A. Messina, 24 febbraio 1887, *Foro messinese*, 1887, 101.

(4) Naturalmente questa eccezione trapassa agli eredi del fallito: e quindi il coerede, che sia creditore di una somma verso il *de cuius*, il cui importo fu ridotto nel concordato, non può domandare che sia tenuto conto, nella divisione, della parte di credito a cui avesse rinunziato. V. A. Tolosa, 2 giugno 1886, *Journ. des faill.*, 1887, 39.

(5) Principio accolto da tutte le legislazioni: *Code de commerce*, art. 545; — legge belga, art. 541; — K. O. germ., § 103; — C. O. austr., § 224; — Legge inglese del 1883, art. 30, n° 4. — V. **Thaller**, *Faill.*, II, pag. 275.

all'azione verso il fallito: rinunzia definitiva, non semplice sospensione dell'esercizio dell'azione condizionata al persistere dell'insufficienza del suo patrimonio al pagamento integrale dei debiti. Perciò, il *ritorno a miglior fortuna* non toglie effetto alla rinunzia, nè ridà vita all'azione perduta. Ma ciò può ottenersi, mediante una clausola espressa, che subordini la rinunzia alla condizione risolutiva del ritorno a miglior fortuna (6). Per la stessa ragione il creditore non potrà, costituendosi parte civile nel giudizio penale, ottenere, a titolo di risarcimento di danni, la parte del credito a cui ha rinunziato nel concordato. Anzitutto, nel giudizio penale non si possono esercitare azioni, che non si sarebbero potute esercitare nel giudizio civile: in secondo luogo, il risarcimento del danno presuppone che il reato sia stato la causa del danno: mentre la riduzione sofferta dai creditori nel concordato non è effetto del fallimento, di cui il fatto costituente la bancarotta del resto non è sempre neppur causa *efficiente:* ma del *concordato* liberamente voluto dalla maggioranza, organo legale della collettività, di cui il creditore fa parte per precetto di legge (7).

e) Il concordato, importando una semplice *rinunzia* all'azione verso il fallito, e non l'estinzione dell'obbligazione, non è una *rimessione:* dalla quale si differisce anche perchè non è un contratto a *titolo gratuito*, ma a *titolo oneroso*. La rinunzia definitiva all'azione è fatta coll'intento di meglio e più sicuramente conseguire la parte del credito che il fallito rimane tenuto a soddisfare: come la rinunzia *temporanea* nel concordato *dilatorio (pactum de non petendo intra tempus)* è fatta allo scopo di ottenere il pagamento del credito allo scadere dei termini concessi. Il corrispettivo di questa rinunzia sta nella promessa, implicita in ogni concordato, che rimette il fallito alla testa dei suoi affari, di adoperare la propria attività personale, il proprio credito, le proprie aderenze, per soddisfare le obbligazioni, così come le ha modificate il concordato (8). Conseguenza di ciò: il fallito erede del suo creditore concordatario, non è obbligato a conferire nell'eredità ciò che gli è stato rimesso

---

(6) V., sul valore di questa clausola, sopra, num. 89.

(7) Nel senso del testo: A. Napoli, 13 novembre 1889, *Foro*, 1890, 153; — **Direzione** del *Monitore dei tribunali*, 1893, 873; — **Cuzzeri**, *Comm.*, numero 941.

(8) V. sopra, num. 90.

nel concordato, perchè il concordato non si risolve mai in una vera *rimessione* che equivale a donazione del credito (9).

244. Ulteriori spiegazioni, dopo quanto si è detto nella parte generale, richiede soltanto la regola enunciata *sub c*) e formulata nell'articolo 792 Cod. comm., il quale stabilisce appunto che " i creditori conservano la loro azione per l'intiero loro credito contro i coobbligati o i fideiussori del fallito, ancorchè questo abbia ottenuto un concordato ed essi vi abbiano volontariamente consentito ". Si domanda ora, se il fideiussore o coobbligato, che ha pagato fino a concorrenza dell'intiero ammontare del credito, abbia diritto di regresso verso il fallito per la sola parte del credito *non rimessa nel concordato:* oppure, se, avendo pagato anche la parte *rimessa,* possa, per quest'ultima, rivolgersi contro il fallito. È stato sostenuto che il regresso riguarda anche la somma pagata in più della percentuale pattuita nel concordato: e si è affermato perfino che dal fallito potesse ripetersi *tutta la somma pagata* in più della percentuale (10). Sull'errore di questa ultima affermazione non c'è bisogno di insistere. Dato pure che il regresso spettasse anche per la somma pagata in più della percentuale, non ne deriverebbe mai che questa somma dovesse essere pagata *integralmente* dal fallito concordatario. Il fideiussore o coobbligato che paga, anche quando ha diritto di regresso verso il fallito, non è meno per questo sottoposto alla legge del fallimento ed al concordato, e non può certo sottrarsi alla regola dell'art. 840, che rende obbligatorio il concordato per tutti i creditori portati e non portati in bilancio, siano o non siano verificati i loro crediti. Sarebbe, in realtà, addirittura assurdo che il fideiussore o coobbligato, il quale, se avesse pagato prima del concordato, o anche, prima del fallimento, non avrebbe avuto diritto che alla percentuale concordataria sull'intiero credito, dovesse veder migliorata la propria condizione perchè pagò dopo il concordato! Noi crediamo però *che neanche sotto deduzione della percentuale rimessa nel concordato, possa il fideiussore o coobbligato chiedere al fallito il pagamento delle somme da lui sborsate per la parte del credito non rimessa:* vale a dire che *nessuna azione di*

---

(9) V. sopra, num. 91.

(10) A. Milano, 15 giugno 1897, *Foro*, 1897, 1177.

regresso gli è conceduta per ciò che ha pagato in più della percentuale pattuita nel concordato.

Il diritto comune, indubbiamente, concede al coobbligato o fideiussore, che paga, il regresso contro il debitore principale (art. 1253 num. 3 e 1915, 1916 Cod. civ.).

Ma questa regola, meno che soffrire una eccezione, *non può aver luogo*, rispetto alla parte di credito rimessa nel concordato che il fideiussore, malgrado il concordato, è obbligato tuttavia a pagare, per l'art. 792 Cod. comm. (11). La regola del diritto civile, non può applicarsi per una ragione fondamentale ed assai semplice: Il credito del fideiussore contro il debitore principale non sorge per la prima volta al momento del pagamento; ma già esisteva *come credito condizionato* fin da quando la fideiussione fu costituita. Come credito, sia pure condizionato, ma *anteriore alla dichiarazione di fallimento*, non può non essere colpito dalla riduzione concordataria: *l'art. 840 lo dice chiaramente.* Ora il credito che da *condizionato* diviene *incondizionato* per il pagamento, non può divenirlo con un *contenuto diverso:* e se da credito condizionato era soggetto alla riduzione del concordato, lo sarà pure quando diviene incondizionato. Che se la condizione, cioè il pagamento, si verifica solo per la parte di credito rimessa, ciò non basta a far tornare in vita una parte di credito che fu estinto, o meglio, trasformato in *naturale* fin da quando era condizionato: per effetto del concordato la parte del credito condizionato eccedente la percentuale, era già divenuto, da civile, semplicemente naturale: il verificarsi della condizione lo può trasformare da *naturale condizionatamente* in *naturale incondizionatamente:* non già da *naturale* in *civile.* Peggio ancora se si nega anche l'obbligazione naturale: estinto del tutto il credito condizionato per la parte eccedente la percentuale, nessun verificarsi di condizione lo può far risorgere in vita. Non si può neanche parlare di *avveramento della condizione* per un credito che *non esiste neppur come condizionato, perchè già fu estinto quando era condizionato.*

---

(11) Ciò che si dice del fideiussore vale anche per il condebitore solidale, il quale per tutto ciò che eccede la sua parte del debito non è che un fideiussore solidale del fallito. — V. **Sraffa**, *nota* all'A. Milano, 15 giugno 1897, Estr. dalla *Giur. it.*, 1897, pag. 10 dell'estr. e **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 465 che pareggia appunto al fideiussore il condebitore solidale.

Oltre a questa ragione fondamentale, altre confortano la nostra opinione:

a) Il debitore, il cui debito è garantito da una fideiussione, non ha già *contemporaneamente* due debiti, uno verso il creditore e l'altro verso il fideiussore: ma ha un unico debito: il quale *attualmente* è verso il creditore ed *eventualmente*, cioè *condizionato al pagamento del creditore da parte del fideiussore,* verso il fideiussore. Ora nel fallimento noi abbiamo questa particolarità: che, qualunque sia l'ammontare degli acconti dati dal fideiussore al creditore dopo il fallimento, questi ha sempre il diritto di figurare nel passivo del fallimento come *creditore dell'intiero, escludendo il fideiussore* (arg. art. 789, 790, 791), fino a quando il fideiussore non abbia integralmente pagato. Ciò significa che del credito unico nel fallimento dispone o soltanto il creditore (fino a integrale pagamento da parte del fideiussore) o soltanto il fideiussore (dopo il pagamento integrale). Ma chiunque figuri come creditore nel passivo e voti nelle deliberazioni del fallimento, sia il creditore o il fideiussore, è sempre vero che *il credito è unico.* Ora poichè il concordato non è che una liquidazione privata sostituita alla liquidazione forzata e giudiziale del fallimento, nella quale viene determinato il dividendo da assegnarsi a ciascun credito, è chiaro che uno stesso credito, sol perchè garantito da un fideiussore, non può essere calcolato più di una volta nell'assegnazione del dividendo. Se si accordasse il regresso al fideiussore per la parte non rimessa che ha dovuto pagare, invece di un credito ne avremmo due: uno dell'ammontare totale del credito originario spettante al creditore: ed uno dell'ammontare della parte non rimessa, spettante al fideiussore.

b) Per il diritto comune, il regresso del fideiussore comprende tutto ciò che egli ha pagato in dipendenza della fideiussione prestata; ma il presupposto di questa regola è che l'obbligazione del fideiussore si estende tanto quanto si estende l'obbligazione del debitore principale. Nel diritto comune, dato il carattere accessorio della fideiussione, non può darsi che il fideiussore *come tale* debba *più* del debitore principale: donde le regole degli art. 1282 e 1281 Cod. civ., per le quali la rimessione o liberazione convenzionale accordata al debitore principale, libera i fideiussori, e la rimessione fatta dal creditore ad uno dei condebitori in solido, produce, malgrado qualsiasi riserva, liberazione degli altri condebitori per la parte di colui al quale fu fatta la rimessione. Ciò non è nel con-

cordato. Nel concordato si ha proprio questa condizione di fatto: un debitore *che non è più tenuto* (almeno *civilmente*) a pagare la parte di credito rimessa: ed un fideiussore che *permane obbligato*. In questa particolare condizione la regola generale vien meno: la obbligazione del fideiussore si estende *più* di quello che si estenda l'obbligazione del debitore; e quindi anche il regresso non può comprendere che la parte, per cui il debitore principale rimane obbligato.

c) Se il fallito, dopo il concordato, fosse tuttavia tenuto verso il fideiussore per la parte rimessa del credito, sia pure da pagarsi con moneta di concordato, si ripeterebbe l'assurda posizione, che abbiamo già rilevato. Il fideiussore, il quale, se avesse pagato prima del concordato, non avrebbe avuto diritto che alla percentuale concordataria sull'*intiero credito*, sol perchè paga dopo il concordato, otterrebbe una doppia percentuale: quella sull'*intiero credito* e quella sulla parte *rimessa*.

d) Verrebbe meno lo scopo del concordato, che è quello di ristabilir l'equilibrio nel patrimonio del debitore, se questi fosse ancora tenuto verso il fideiussore per la parte rimessa. O meglio, sarebbe necessaria una riduzione maggiore, che permettesse al fallito di pagare creditore e fideiussore. Ma la riduzione dovendo, per la legge di uguaglianza, essere ripartita fra tutti i crediti, si creerebbe, a tutto danno degli altri creditori, una posizione privilegiata, nel fallimento, al credito garantito da fideiussione, il quale, figugurando due volte, otterrebbe una percentuale assai più elevata di quella degli altri crediti, ossia si trasformerebbe il credito garantito da fideiussione in una specie di credito *privilegiato*.

La surroga adunque del fideiussore per la parte rimessa del credito non può riguardare l'azione per il pagamento che il creditore non ha più: è limitata necessariamente alla *obbligazione naturale*, che persiste dopo il concordato (12).

---

(12) L'opinione seguìta nel testo è prevalente fra gli autori e nella giurisprudenza: v. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 937; — **Masè Dari**, *Comm.*, pag. 233; — **Porro**, *Monitore*, 1897, 701; — **Sraffa**, *Giur. it.*, 1897, *nota* all'A. Milano, 15 giugno 1897, pag. 3 e seg. dell'estr.; — **Pagani**, nel *Dir. comm.*, 1898, 39 e seg.; — **Giorgi**, *Obbl.*, VII, num. 334, *sub* 3; — **Bravard-Veyrières** e **Demangeat**, *Cours de droit commercial*, V, pag. 436 e seg.; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 620; — **Boistel**, *Cours.*, num. 1047; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2106; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 465; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 465, nel

245. Il concordato ha effetto, *rispetto a tutti i creditori componenti la massa*, tanto per ciò che concerne la riduzione dei diritti, quanto per ciò che concerne l'obbligo al soddisfacimento di quelli conservati, e di quelli nuovi, eventualmente attribuiti ai creditori nel concordato. Questo essendo un contratto fra il fallito e la massa, ogni creditore facente parte della massa se ne può giovare, e può vederselo efficacemente opposto.

Da questa regola, che nell'art. 840 il legislatore ha parzialmente, ma esplicitamente, riconosciuto, si desumono senza fatica le conseguenze seguenti:

a) Il concordato ha efficacia *pro* e *contro tutti i creditori chirografari* assenzienti e dissenzienti, verificati e non verificati, noti al momento della conclusione del contratto, o presentatisi poi. Non importa se essi abbiano fatto valere il loro credito dopo il concordato, e dopo la chiusura del fallimento: la massa comprende tutti i creditori del fallito al momento della dichiarazione del fallimento: è al momento in cui l'obbligazione è sôrta, che bisogna aver riguardo: non al momento in cui vien fatta valere o è giudizialmente riconosciuta (13). Per la identica ragione, il concordato

---

§ 178, *in fine*; — Cass. Napoli, 16 maggio 1890, *Dir. comm.*, 1890, 745; — A. Roma, 6 giugno 1893, *Temi rom.*, 1893, 303; — Cass. Torino, 7 marzo 1898, *Foro*, 1898, 326; — A. Brescia, 5 giugno 1899, *Foro*, 1899, 935. — Contr. **Massè**, *Droit comm.*, IV, num. 2233; — **Cattaneo**, *Monit.*, 1897, 701 (per il regresso soggetto alla percentuale concordataria); — A. Milano, 15 giugno 1897, *Foro*, 1897, 1177. — Incerto **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8552.

(13) La dottrina e la giurisprudenza italiane sono pacifiche su questo punto: v. **Cuzzeri**, *Comm.* num. 928; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8545; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 272 e seg.; — Cass. Roma, 16 maggio 1892, *Giur. it.*, 1892, 299; — A. Roma, 25 maggio 1891, *Temi rom.*, 1891, 508; — A. Palermo, 2 maggio 1896, *Dir. comm.*, 1896, 546; — A. Roma, 30 luglio 1896, *Foro*, 1896, 1285; — A. Genova, 19 dicembre 1896, *Foro*, 1897, 615; — A. Genova, 26 luglio 1898, *Temi gen.*, 1898, 496. — In questo senso anche la dottrina francese e tedesca: v. **Bravard-Veyrières** e **Demangeat**, *Droit. comm.*, V, pag. 421; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 628 e 629; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2089; **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 435; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 462. — La giurisprudenza francese è incerta: essa ha qualche volta deciso che solo i crediti riconosciuti prima del concordato sono compresi nella sfera d'azione del concordato; non quelli giudizialmente riconosciuti, quando il fallimento era già chiuso: v. A. Algeri, 15 gennaio 1895, *Journ. des faill.*, 1895, 368; — Cass. 15 gennaio 1898, *Dalloz*, 1898, 1, 473. Ma questa giurisprudenza è giustamente censurata da **Thaller**, *Dalloz*, 1898, 1, 473.

è efficace rispetto ai creditori *condizionali*, i cui crediti siano divenuti incondizionati dopo la chiusura del fallimento (14).

b) Il concordato ha efficacia *pro* e *contro* i creditori privilegiati o ipotecari *in quanto siano rimasti incapienti*, e, per la parte di credito non garantita, siano divenuti semplicemente chirografari. Questa regola, conseguenza 'indeclinabile dei due principî, che i creditori privilegiati o ipotecari incapienti fanno parte della massa per il saldo scoperto dei loro crediti, e che il concordato ha efficacia rispetto a tutti i creditori componenti la massa, anche ignoti, anche condizionali, è stata qualche volta disconosciuta. Si è detto, che, dopo il concordato, i beni del fallito si scindono in due masse: quella dei beni sottoposti a privilegio o ipoteca, e quella dei beni liberi da ogni vincolo di garanzia reale: i primi formerebbero la garanzia dei creditori privilegiati o ipotecari, i secondi costituirebbero la garanzia *speciale* dei creditori chirografari. E questa supposta scissione, che nessun testo di legge autorizza, che nessun principio di diritto giustifica, a cui gli art. 1949 Cod. civ., 775, 778, 779 Cod. comm. esplicitamente contradicono, si vorrebbe basare sopra una pretesa rinuncia tacita dei creditori privilegiati ed ipotecari, i quali, al momento del voto, col solo fatto di astenersi dal votare, rimetterebbero al debitore ogni e qualsiasi diritto od azione a ripetere da lui il rispettivo credito, se, non ostante il diritto di prelazione, non giungessero a ricuperare nemmeno una parte dei loro crediti uguale alla percentuale spettante ai chirografari. Mai opinione più arbitraria fu sostenuta con argomenti meno consistenti. Una rinunzia tacita non può risultare che da *atti concludenti* e qui avremmo soltanto il *silenzio* dei creditori ipotecari e privilegiati. Ora è noto che il silenzio non equivale a manifestazione di volontà se non nei casi in cui o per legge o per contratto o per ordine del magistrato chi tace poteva e doveva parlare (15): e qui la legge nulla dispone. Ben più: nella

---

(14) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 273; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8546; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pag. 423, nota 2; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2089; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 629.

(15) **Simoncelli**, *Rendiconti dell' Istituto Lombardo di scienze e lettere*, 1897, pag. 275. — Nella conclusione dei contratti poi tutta la dottrina esclude che il silenzio possa equivalere a consenso: v. **Simoncelli**, op. cit., pag. 268 e seg.; **Sraffa**, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*. Estratto dalla *Giur. it.*, 1898, pag. 6 e segg.; — **Vivante**, *Trattato*, III, num. 1015; — **Savigny**, *System*, III,

dottrina che qui si combatte, non solo si interpreta il silenzio come una *tacita rinunzia:* ma si presume *iuris et de iure* la rinunzia: infatti non si ammettono al riparto delle quote concordatarie neppure quei creditori forniti di privilegio o ipoteca, i quali hanno espressamente dichiarato di volersi riservare ogni diritto al riparto, ove risultino incapienti. Si giunge così a creare una *presunzione assoluta* dove la legge tace completamente. La legge dice (art. 834) che *chi vota si presume abbia rinunciato alla ipoteca o al privilegio:* non già, anche, che *chi non vota abbia rinunciato a ogni diritto sui beni non gravati dalla garanzia reale* (16).

---

§ 132. Anche secondo la dottrina più larga di **Ranelletti**, *Riv. it. per le scienze giur.*, XIII, pag. 3 e seg., una rinunzia derivante dal silenzio del creditore ipotecario non potrebbe ammettersi, mancando qualsiasi *affidamento* del debitore e degli altri creditori.

(16) Questa dottrina, difesa dal **Carnazza** nel *Dir. comm.*, 1894, 23 e seg.; — e dal **Ruta**, *Il creditore ipotecario o privilegiato di un fallito concordatario, rimanendo in tutto o in parte incapiente, ha diritto alla percentuale convenuta tra esso fallito e la maggioranza dei creditori?* Estr. dalla *Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*, 1895, fasc. XXII e XXIII, pag. 10 e seg.; fu accolta dalla Corte d'Appello di Catania, 20 luglio 1894, *Consul. comm.*, 1894, 306; — dalla Corte d'Appello di Roma, 3 febbraio 1893, *Temi rom.*, 1894, 79; — e 9 novembre 1895, *Temi rom.*, 1896, 210; — e dalla Corte di Cassazione di Palermo, 28 febbraio 1901, *Dir. comm.*, 1901, 458 (la quale ultima decisione però non è ben chiara: e può dubitarsi che la Corte abbia voluto affermare soltanto che i creditori privilegiati o ipotecari non possono, senza prima rinunciare al privilegio, partecipare ai reparti del concordato, *quando non abbiano* inutilmente esercitata l'azione sui beni sottoposti alla garanzia, ossia, quando *non siano rimasti incapienti*). — Nel senso del testo è la dottrina e la giurisprudenza prevalente: v. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8545; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 273; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 877; — **Masi**, *Fallim.*, II, pag. 515; — **Marchesini**, *Il creditore ipotecario incapiente nel fallimento e il concordato*. Estr. dal *Foro it.*, 1896, pag. 5 e seg.; — **Pardessus**, *Cours*, III, n. 1248; — **Bédarride**, *Faill.*, II. num. 596; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pag. 431, nota; — **Boistel**, *Cours*, num. 1041; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 630; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 436; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 462; — Cass. Torino, 25 febbraio 1887, 1887, 208; — A. Roma, 30 luglio 1896, *Foro*, 1896, 1285; — Trib. Roma, 27 maggio 1898, *Foro, Rep.*, 1898, voce *Fallimento*, num. 253; — A. Torino, 5 dicembre 1898, *Foro*, 1898, 565; — A. Catania, 2 novembre 1899, *Dir. comm.*, 1900, 340; — Cass. francese, 25 maggio 1864, *Journ. du Palais*, 1864, 1, 1217; — A. Bourges, 24 dicembre 1888, *Journ. des faill.*, 1889, 517 e tutta la giurisprudenza del *Reichsgericht: Entsch.*, V, 394; — VI, 66; — XVI, 68; — XXIII, 43.

c) Il concordato *non ha efficacia* rispetto ai creditori il cui titolo è *posteriore* alla dichiarazione di fallimento, perchè della *massa* fanno parte i soli creditori chirografari esistenti al momento della dichiarazione di fallimento. Sono quindi esclusi dagli effetti del concordato: 1° i creditori della *massa,* i quali non fanno parte della massa ed hanno diritto al soddisfacimento completo dei loro crediti (17); 2° i creditori del fallito per debiti da lui contratti *posteriormente alla dichiarazione di fallimento:* il che è sempre possibile, malgrado le nullità comminate dall'art. 707, che sono *relative* e non rendono il fallito *incapace:* questi creditori, benchè siano esclusi dai beni del fallito durante il fallimento a vantaggio dei creditori componenti la massa, appunto perchè della massa non fanno parte, sono estranei al concordato, di cui non possono giovarsi e che non può loro venire opposto (18).

d) Il concordato *non ha efficacia* rispetto ai creditori ipotecari e privilegiati, i quali, conservando integri tutti i loro diritti, possono ottenere, sulle cose soggette al privilegio o all'ipoteca, il pagamento *integrale* ed *immediato* dei loro crediti, senza sottostare alla percentuale concordataria, e senza attendere la scadenza dei termini stabiliti per il pagamento delle rate convenute (19). Solo per la parte, per cui fossero rimasti incapienti, debbono, come creditori chirografari, sottostare al concordato (20).

e) Il concordato non vincola il debitore che rispetto ai creditori, i cui crediti, prima o dopo il concordato, vennero *definitivamente accertati.* Nel concordato il fallito non fa un riconoscimento di crediti: ma modifica e regola i rapporti obbligatori precedentemente esistenti, *in quanto esistano.* Se perciò un credito contestato ed ammesso provvisoriamente al passivo, viene riconosciuto insus-

---

(17) I creditori *della massa,* appunto perchè la massa è loro debitrice, debbono essere pagati prima dei creditori componenti la massa, durante il fallimento, e, dopo il fallimento, non debbono sottostare al dividendo del concordato: v. **Thaller,** *Traité élém.,* num. 1674 e 2069; — **Lyon-Caen** e **Renault,** *Traité,* VII, num. 557 e 631. — Esplicitamente *Konkursordnung* germ., § 193: “ Il concordato omologato con decisione passata in giudicato opera pro e contro tutti i creditori *del concorso (Konkursglaübiger)* ” (non perciò rispetto ai creditori *della massa [Masseglaübiger]*).

(18) Conforme al testo: Cass. Palermo, 21 aprile 1898, *Foro,* 1898, 1149.

(19) Cass. Palermo, 26 maggio 1898, *Consul. comm.,* 1898, 243.

(20) V. sopra, *sub b).*

sistente, il concordato non obbligherà punto il debitore a pagare la percentuale.

246. Quali sono gli effetti, rispetto al socio, del concordato consentito alla società, e quali gli effetti, rispetto alla società, del concordato consentito al socio?

Per i soci *a responsabilità limitata*, quotisti e azionisti, la risposta è assai semplice. Essi non vengono coinvolti nel fallimento sociale, non sono *debitori diretti* dei creditori sociali: sono soltanto debitori, verso la società, delle quote non ancora conferite. S'intende che questi crediti della società, facendo parte dell'attivo del fallimento, sono fatti valere dal curatore (art. 689 e 852 Cod. comm.): ma sono fatti valere *utendo iuribus* della società che è la vera ed unica creditrice diretta. I soci quotisti ed azionisti rimangono dunque totalmente estranei al concordato concluso dalla società, che non muta punto la loro condizione giuridica. Tuttavia, avviene di sovente in pratica che, nei concordati delle società anonime, si pattuisca la liberazione totale o parziale degli azionisti dal versamento delle quote ancora dovute. Ma questi patti, ad essere precisi, non fanno parte del concordato; non si tratta di regolare rapporti tra la società fallita e i creditori sociali, ma tra i debitori della società fallita e la massa, esercitante i diritti della società. Non è dubbio che la massa, o meglio, il curatore, suo legale rappresentante, possa regolare come meglio crede i suoi rapporti coi debitori della società: la legge lo autorizza anche a transigere, coll'autorizzazione del giudice delegato e coll'approvazione del tribunale, quando l'oggetto della transazione superi in valore le 1500 lire (art. 797). E nulla vieta che ciò si faccia in sede di concordato, in un unico atto. Ma giuridicamente bisogna notare che non si tratta di una stipulazione facente parte del concordato *come tale*, e da votarsi dalla maggioranza: ma di una rinunzia fatta dal curatore in rappresentanza della massa, di fronte a debitori del fallito, *utendo iuribus* del fallito, in virtù dei diritti conferiti alla massa dallo spossessamento fallimentare (21).

247. Più grave è la questione degli effetti del concordato nei

---

(21) V. **Pic**, *De la faillite des sociétés*, pag. 179 e seg.; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2205; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 468.

rapporti tra la società e i soci *illimitatamente responsabili*, coinvolti *ipso iure* nel fallimento della società, per l'art. 847 Cod. comm.

a) Il concordato, concesso alla società in nome collettivo od in accomandita, avrà effetto, e quale, rispetto ai soci illimitatamente responsabili, anch'essi falliti?

La dottrina dominante ritiene che il concordato sociale non importi cessazione della procedura di fallimento rispetto ai singoli soci, i cui fallimenti continuano: e ciò si comprende, quando si pensi che il fallimento di ognuno dei singoli soci è distinto dal fallimento della società, che le masse sono distinte e diversamente formate (quella del fallimento sociale, dei soli creditori sociali: quelle dei fallimenti individuali, dei creditori sociali e dei creditori particolari), e che, infine, sono diversamente costituite le assemblee le quali debbono decidere sul concordato (22). — Ma la teoria dominante ritiene ancora, che per effetto del concordato concesso alla società, il debito dei singoli soci verso i creditori sociali viene diminuito di tanto, di quanto è la rimessione accordata alla società. In conseguenza di ciò, i creditori sociali nel fallimento di ogni singolo socio non possono far valere i loro crediti che ridotti, per effetto del concordato sociale: mentre i creditori particolari del socio, continuano a far valere i loro crediti per la totalità del loro ammontare (23).

Questa soluzione però, se può essere buona in diritto costituendo, è assolutamente fuori della legge, nel sistema del diritto vigente in Italia e in Francia. O infatti si ammette, come ammette pur sempre la teoria dominante, malgrado le recenti obbiezioni del Manara, che le società commerciali costituiscono delle *persone giu-*

---

(22) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8700; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 1039; — **Pic**, *De la faill.*, pag. 175; — Trib. Napoli, 22 luglio 1885, *Foro*, *Rep.*, 1885, voce *Fallimento*, num. 110; — Cass. Napoli, 9 aprile 1886, *Legge*, 1886, II, 309.

(23) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 1039; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 317; — **Demangeat** e **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pagg. 680 e 681; — **Boistel**, *Cours*, num. 1040; — **Pic**, *Faill.*, pag. 177; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2209; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 466; — **Behrend**, *Lehrbuch*, § 83, pag. 594. — La *Konkursordnung* germanica dispone espressamente per le società in nome collettivo ed in accomandita (§ 211_2) che " il concordato, in quanto non sia da esso altrimenti stabilito, segna anche i limiti della responsabilità personale dei soci ". Analogamente per il diritto austriaco **Frankl**, *Der Concurs der offenen Handelsgesellschaft*, Wien, 1891, pag. 67.

ridiche o dei *subietti di diritti distinti dai soci* (art. 77 Cod. comm.). E allora non si può negare applicazione all'art. 792 Cod. comm.: i soci che sono obbligati pei debiti sociali *accanto alla società*, a qualunque titolo lo siano, fideiussorio o solidale, sono dei *coobbligati della società:* e le rinunzie concordatarie concesse alla società non possono essere loro opposte. Oppure si accede alla dottrina che nega la personalità giuridica alle società. E allora è forza concludere che il debitore non è il subietto di diritti " *società* „ ma l' " *insieme dei soci* „: che la distinzione fra fallimento sociale e fallimenti particolari non ha altro significato e valore che quello di una separazione tra patrimonio messo in comune e patrimonio particolare, fatta allo scopo di meglio assicurare il diritto di prelazione garantito dalla legge ai creditori a titolo sociale (art. 106 Cod. comm.). Ma in questa teoria, lungi dal riconoscere alcun effetto al concordato concesso dai creditori sociali nel fallimento sociale, riguardo ai diritti dei medesimi creditori sui patrimoni particolari dei soci, bisogna negarlo ugualmente, sebbene per altre ragioni. La costituzione in una massa separata dei creditori sociali (*fallimento sociale*), in questa teoria, è fatta unicamente allo scopo di realizzare i crediti sociali *sul patrimonio sociale:* in quanto i crediti sociali possono realizzarsi *sui patrimoni particolari dei soci*, sono i creditori sociali ammessi a far parte delle singole masse. Donde consegue che, mentre dei diritti dei creditori sociali *sul patrimonio sociale*, si può disporre solo nelle assemblee del fallimento sociale, dei diritti de' medesimi creditori sociali sui *patrimoni particolari* dei soci, si può disporre solo nelle assemblee di ciascun fallimento particolare. In questa condizione, un concordato di maggioranza nel fallimento sociale, che abbia effetto sui diritti dei singoli creditori sociali nei fallimenti particolari, è impossibile. La maggioranza dei creditori sociali, deliberante nell'assemblea, non può disporre che dei diritti dei creditori sociali sul *patrimonio sociale:* non già, anche, di quelli sui *patrimoni particolari.* Ciò potrebbe farsi soltanto, o nei concordati particolari, o anche, mediante *rinunzie singole fatte da tutti i creditori sociali*, i quali dichiarino di voler restringere le loro pretese sui patrimoni particolari alla parte di credito non rimessa nel concordato sociale. Ma *in sede di concordato sociale questo non può ottenersi.*

Lo Sraffa, il quale, anch'egli opina che, di regola, il concordato sociale non pregiudichi i diritti dei creditori sociali nei fallimenti

particolari dei soci, ammette solo che nel concordato sociale si possa, mediante una *espressa rinunzia* dei creditori sociali, ottenere la liberazione dei soci da ogni loro pretesa per la parte eccedente la percentuale concordataria (24). Noi dubitiamo fortemente che ciò sia possibile. Nel concordato di maggioranza non si può disporre dei diritti dei creditori componenti la massa che sopra i beni soggetti alla massa, non sopra beni di altre persone, o appartenenti ad altri fallimenti. Di questo diritto possono disporre solo i creditori *uti singuli*, o la maggioranza deliberante nell'assemblea del fallimento, di cui fanno parte quei beni. La maggioranza nel concordato sociale, manca dei poteri necessari per rinunziare ai diritti dei creditori sociali sui patrimoni particolari dei soci.

b) Anche il concordato particolare consentito ad uno o più soci illimitatamente responsabili non ha nessun effetto sui rapporti obbligatori della società coi creditori sociali. Lo dichiara l'art. 854, il quale, dopo aver stabilito che, nelle società in nome collettivo ed in accomandita, i creditori possono consentire ad un concordato anche in favore di uno o più tra i soci responsabili senza limitazione, aggiunge: " In questo caso tutto l'attivo sociale è soggetto all'amministrazione ed alle operazioni del curatore. Solamente i beni particolari del socio, al quale si consente il concordato ne sono esclusi, e nessuna parte dell'attivo sociale può essere devoluta al soddisfacimento delle obbligazioni derivanti dal concordato. Il socio che ha ottenuto un concordato particolare è liberato dall'obbligazione solidale verso i creditori della società.... ".

Ciò significa che, chiuso il fallimento particolare del socio mediante concordato, le obbligazioni della società rimangono inalterate. Il che del resto si sarebbe dedotto anche dall'art. 792, la società essendo di fronte al socio un coobbligato, la cui condizione giuridica non è migliorata dal concordato concluso dall'altro coobbligato. Il concordato particolare pertanto restringe i suoi effetti al socio concordatario, che resta totalmente liberato dalla obbligazione solidaria ed illimitata di fronte ai creditori della società. Ma appunto perchè il fallimento sociale continua, e le obbligazioni della società rimangono inalterate, garantite da tutto il patrimonio sociale e dai patrimoni particolari dei soci non concordatari, il socio concordatario continua a dover conferire per intiero le quote non

---

(24) **Sraffa**, *Il fallimento delle società commerciali*, pag. 357.

versate; e non può distrarre nulla dall'attivo sociale per pagare le obbligazioni risultanti dalla transazione particolare fatta da lui coi suoi creditori.

N° 2. — *Effetti sulla procedura di fallimento.*

Sommario: 248. Cessazione dello spossessamento e suoi effetti. — 249. Ripresa del libero esercizio delle azioni individuali. — 250. Cessazione degli organi del fallimento. — 251. Esercizio delle azioni di nullità dopo l'omologazione.

248. Come conseguenza necessaria delle mutate condizioni patrimoniali del debitore, il concordato fa cessare la *procedura di fallimento*, non appena la sentenza di omologazione sia passata in cosa giudicata per non essere più soggetta ad opposizione od appello (art. 841). Al contrario delle altre sentenze emesse nel corso della procedura di fallimento (art. 913) questa di omologazione non è dunque mai provvisoriamente esecutiva (25).

La chiusura della procedura di fallimento importa:

A) La cessazione dello spossessamento. — Divenuta definitiva la sentenza di omologazione, il fallito torna nel possesso e nella libera disponibilità dei suoi beni, mobili ed immobili, corporali e incorporali, di cui era stato privato colla data della sentenza dichiarativa del fallimento (art. 699) (26). Ciò non impedisce che nel concordato si possa, come in pratica avviene non di rado, stipulare che l'amministrazione dei beni sottoposti alla massa sia affi-

---

(25) E perciò, fino al passaggio in giudicato della sentenza, l'esercizio delle azioni del fallito spettando alla massa e per essa al curatore, tutti gli atti giudiziali sono ben notificati al curatore; ed il curatore può proseguire gli atti intrapresi nell'interesse della massa: v. A. Torino, 16 novembre 1891, *La giurisprudenza*, 1892, 196; — A. Roma, 12 giugno 1894, *Temi rom.*, 1894, 277; — A. Bologna, 16 aprile 1894, *Foro*, 1894, 603; — A. Genova, 24 novembre 1894, *Temi gen.*, 1894, 719; — A. Milano, 5 novembre 1894, *Monit.*, 1895, 66; — A. Torino, 6 aprile 1897, *Giur.*, 1897, 823; — A. Genova, 27 novembre 1899, *Dir. comm.*, 1900, 315.

(26) Si suol dire che mediante il concordato il fallito riacquista la *capacità contrattuale:* v., ad es., **Guariglia**, *Concord.*, pag. 262. — È questo un errore, la capacità di validamente obbligarsi non essendo mai stata perduta dal debitore durante il fallimento; quello che non aveva, e che riacquista è la *possibilità di disporre liberamente dei suoi beni di fronte alla massa.*

data ad un terzo, o siano poste restrizioni alla libera amministrazione e disponibilità dei beni stessi da parte del fallito (27). Ma in questo caso le limitazioni sono imposte al debitore *dal contratto*, e dal contratto unicamente si devono desumere i criterî per valutarne la portata e gli effetti (28). Quello che ad ogni modo finisce col concordato è lo spossessamento *legale* che segue alla dichiarazione di fallimento.

Dalla regola, che durante lo spossessamento, tutti i diritti spettanti al fallito sono esercitati dalla massa a mezzo del curatore, deriva che tutti gli atti fatti dal curatore nell'interesse della massa *utendo iuribus* del fallito, cioè *in rappresentanza del fallito*, si considerano come fatti dal fallito anche dopo l'omologazione del concordato e possono essere opposti a lui, come egli può opporli ai terzi. In applicazione di questo principio:

a) Tutte le sentenze, riguardanti i beni soggetti allo spossessamento, pronunciate in confronto del curatore, fanno stato di fronte al fallito concordatario (29);

b) Le azioni giudiziarie incominciate contro il curatore o dal curatore prima del concordato, sempre riguardanti diritti del fallito sui beni soggetti allo spossessamento, possono essere continuate contro il fallito e dal fallito resosi concordatario (30);

c) Può interporsi appello contro il fallito e può essere interposto appello dal fallito nelle cause riguardanti i suoi beni soggetti allo spossessamento, nelle quali il curatore fu parte in primo grado (31);

---

(27) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 614; — **Wilmowski**, *Konkursordn.*, pag. 461; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 434; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 491 e seg.

(28) **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 434. — Quindi la persona incaricata di procedere alla liquidazione stragiudiziale del patrimonio, quand'anche sia lo stesso curatore del fallimento, è un semplice mandatario del fallito e dei creditori, non un amministratore giudiziale: v. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 263, nota 1; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 944.

(29) A. Torino, 29 gennaio 1892, *Giur.*, 1892, 331; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 513.

(30) A. Torino, 19 novembre 1883, *Legge*, 1884, I, 454; — A. Milano, 27 gennaio 1891, *Dir. comm.*, 1891, 602; — *Reichsgericht*, 12 dicembre 1894, citato da **Wilmowski**, *Konkursordn.*, pag. 461, sul § 177; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 513.

(31) A. Poitiers, 19 marzo 1863, *Dalloz*, 1863, 2, 214; — Trib. comm. Senna, 20 aprile 1882, *Journ. des faill.*, 1882, 294; — **Alauzet**, *Comm.*, IV, num. 2701; — **Boistel**, *Cours*, num. 1042; — **Lyon-Caen** e **Renault**, VII, num. 612.

d) Le obbligazioni validamente contratte dal curatore nell' amministrazione dei beni soggetti allo spossessamento, hanno efficacia nei riguardi del fallito, dopo l' omologazione del concordato (32).

Non tutti però gli atti compiuti dal curatore durante la procedura di fallimento si possono ritenere fatti in rappresentanza del fallito, nè possono essere opposti a questi durante il concordato. Il curatore rappresenta, è vero, la massa, la quale agisce *utendo iuribus* del fallito, e quindi rappresenta, in definitiva, il fallito stesso (33): ma poichè vi sono diritti che spettano alla massa *direttamente*, e non come surrogata nei diritti del fallito, *riguardo all'esercizio di questi diritti,* venendo meno ogni, sia pure indiretta, rappresentanza del fallito nel curatore, gli atti compiuti da questi non si possono ritenere come compiuti dal fallito dopo l'omologazione del concordato. Tutte le nullità ad esempio, e le presunzioni di frode stabilite *a favore della massa*, sono diritti *propri della massa*, al cui esercizio il fallito resta completamente estraneo e che non possono certo qualificarsi come fatti valere per lui dal curatore. In applicazione di questa regola, dovremo concludere che non può proseguirsi col contradittorio del fallito concordatario, il giudizio per annullamento o revoca di atti pregiudizievoli alla massa, iniziato dal curatore durante la procedura di fallimento, e sarebbe mal proposto l'appello che si interponesse in suo confronto contro una sentenza di primo grado ottenuta dal curatore nell'interesse della massa (34).

249. *B*) *La ripresa del libero esercizio delle azioni individuali da*

---

(32) A. Venezia, 29 gennaio 1891, *Temi ven.*, 1892, 52.

(33) In questo modo noi intendiamo la rappresentanza del fallito nel curatore. Il curatore, *direttamente* non rappresenta che la massa: ma poichè la massa stessa, in virtù dello spossessamento, che si risolve in parte in una più ampia applicazione del principio in germe già contenuto nell'art. 1234 Cod. civ., esercita i diritti del fallito allo scopo del soddisfacimento delle proprie obbligazioni, così anche il curatore, in definitiva, sotto questo aspetto, rappresenta il fallito. Questa dottrina sembra ben più logica e semplice di quella della rappresentanza che si dilegua in caso di opposizione di interessi, come si ammette comunemente.

(34) Conforme al testo: Cass. Roma, 13 marzo 1894, in causa Volpini contro Morelli, *Foro*, 1894, 533, e 12 marzo 1894, in causa Volpini contro Gatti, *Corte Suprema*, 1894, II, 20.

parte dei creditori. — L'esercizio individuale delle azioni creditorie, precluso per effetto della dichiarazione di fallimento (35), diviene libero così ai creditori privilegiati od ipotecari, come ai creditori chirografari: con questa sola differenza: che, mentre i primi, non essendo legati al concordato, possono far valere i loro diritti *immediatamente* (36), e solo in base al titolo costitutivo del credito; i secondi non possono esercitare le loro azioni che nel modo stabilito dal concordato, il quale ha *modificato* le loro obbligazioni e ne costituisce il *titolo complementare* (37).

L'esercizio delle azioni è regolato dalle norme della competenza ordinaria, non da quelle della competenza fallimentare. Nessuno lo contrasta, quanto alle azioni dei creditori *non concordatari:* ma per le azioni dei creditori *concordatari*, dirette al pagamento dei crediti, nella percentuale stabilita dal concordato, si afferma da qualche autore e da qualche giudicato la competenza esclusiva del tribunale davanti al quale si svolse la procedura di fallimento. Questa dottrina non può essere accettata da chi — come noi — crede alla natura *prettamente contrattuale* e *non costitutiva* del concordato. La legge (art. 685) dichiara che il tribunale è rivestito dell'intera procedura di fallimento, e conosce *di tutte le azioni che ne derivano:* ma dalla procedura di fallimento non derivano che le azioni concernenti la esecuzione universale e collettiva dei creditori sui beni del debitore. Ora, se è vero che il concordato di maggioranza in tanto è possibile, in quanto esiste la *massa,* che si forma appunto per quella procedura e durante quella procedura, è anche vero che le azioni dei creditori concordatari per il pagamento dei loro crediti

---

(35) Art. 800 e arg. art. 817_2 Cod. comm.: v. **Bonelli**, *Comm.*, num. 297 e seg.; — **Bolaffio**, *Comm.*, num. 149; — **Luciani**, *Fall.*, num. 307; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 7566 e 7567; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 251; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 1882-1885; — **Boistel**, *Cours*, num. 920. — Espressamente: legge belga, art. 453 e 454; — *Konkursordn.* germ., § 14 — v. **Jäger**, *Die Konkursordn.*, pag. 113.

(36) Le more contrattuali cessate per la dichiarazione di fallimento: art. 701, non rivivono pel concordato: v. A. Torino, 27 giugno 1892, *La Giurisprudenza*, 1892, 725.

(37) **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 615; — **Boistel**, *Cours*, num. 1042; — **Thallér**, *Traité élém.*, num. 2094. — Nel nostro diritto, abolita l'ipoteca giudiziale della massa, le obbligazioni dei creditori concordatari non sono garantite che dalle garanzie concesse nel concordato. Cfr. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8533 e 8550; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 274.

con quella procedura non hanno alcun rapporto di connessione diretto o indiretto. Non hanno rapporti *diretti* di connessione, perchè il concordato non è una conseguenza *diretta* della procedura, e non è neppure un *atto della procedura*, ma è semplicemente *un contratto di natura civilistica*, concluso *durante la procedura di fallimento*, i cui soli rapporti con la procedura stessa consistono nell'essere stipulato dalla *massa*, cioè dai creditori riuniti in collettività per virtù della sentenza dichiarativa. Le obbligazioni del fallito non hanno neppur rapporti *indiretti* di connessione colla procedura di fallimento, come li ha il concordato, perchè *non derivano dal concordato*. Il concordato, non importando novazione, non è esso il *titolo costitutivo* delle obbligazioni del fallito, le quali permangono, modificate bensì, ma fondate sullo stesso titolo, derivanti dalla stessa causa, forti delle stesse garanzie (38). Si oppone che se il tribunale del fallimento, come stabiliscono gli art. 842 e 843, è quello competente a pronunciare l'*annullamento* e la *risoluzione* del concordato, esso deve essere anche l'unico competente a farne ottenere l'*esecuzione*. Ma altro è l'annullamento e la risoluzione del concordato, altro il pagamento dei crediti antecedenti, nei modi in esso indicati. Annullare o risolvere il concordato significa mettere nel nulla, sia pure parzialmente, la decisione del tribunale del fallimento che l'ha omologato: si comprende perciò come solo il tribunale del fallimento sia competente a farlo: dall'annullamento o dalla risoluzione deriva la riapertura del procedimento (art. 844), ed anche da questo lato è logico che il tribunale del fallimento possa solo emanare una pronuncia che rimette in vita l'esecuzione collettiva. Ma l'azione per il pagamento dei crediti nulla ha che vedere, neppure da lontano, colla procedura di fallimento: la posizione quindi è ben diversa. Si oppone che per l'art. 839 il tribunale del fallimento è il solo competente ad accertare l'esecuzione del concordato. Sì, ma ad accertarla *ai soli effetti della revoca della dichiarazione del fallimento rispetto al procedimento penale e della cancellazione dall'albo dei falliti*, come vedremo fra breve (39). E per questi effetti si capisce: si tratta di far venir meno *conseguenze dirette della pro-*

(38) V. numero 86. — Se il concordato fosse titolo costitutivo di tutte le obbligazioni in esso comprese, dovrebbe importare *riconoscimento* di tutte queste obbligazioni: il che nessuno ha mai ammesso.

(39) V. num. 252 e seg.

cedura di fallimento e di *far cessare azioni penali derivanti dal fallimento*. Si può dire altrettanto della sentenza che condanna al pagamento di crediti *compresi nel concordato*? Si invoca perfino l'art. 869, num. 7, Cod. comm. Ma questo articolo si limita a stabilire che " *appartiene alla giurisdizione commerciale* la cognizione... di tutto ciò che riguarda i fallimenti secondo le disposizioni del libro terzo di questo Codice ", senza accennare affatto alla *competenza esclusiva del tribunale del fallimento* (40).

250. *C) Cessazione dalle funzioni delle persone preposte all'amministrazione del fallimento.* — Passata in giudicato la sentenza di omologazione, il curatore, la delegazione di sorveglianza ed il giudice delegato cessano dalle loro funzioni (art. 841_1). Cessato lo spossessamento, sciolta la comunione creditoria, finita la procedura, anche gli organi amministrativi e giudiziari del fallimento debbono cessare. Se così dispone il contratto, il curatore può restare nel possesso dei beni del fallito, e può essere incaricato della esecuzione del concordato: ma non più come un rappresentante legale della massa e quindi del fallito: solo in qualità di loro mandatario (41).

Se poi il concordato stabilì e il tribunale ordinò la semplice *sospensione della procedura di fallimento* (art. 830), ferme restando la cessazione dello spossessamento e la ripresa delle azioni individuali, colle cautele stabilite dal tribunale, gli organi del fallimento restano in carica, sia per sorvegliare la esecuzione del concordato e l'adempimento dei patti in esso stipulati, sia per curare l'osservanza delle cautele prescritte dalla sentenza di omologazione.

Mentre il curatore e la delegazione dei creditori cessano definitivamente dalle loro funzioni non appena passata in giudicato la sentenza di omologa, il giudice delegato esercita ancora l'ultimo atto del suo ufficio, che è quello di assistere al conto che il curatore deve rendere al fallito, e solo dopo, cessa dalle sue funzioni (articolo 841_3) (42).

---

(40) Nel senso del testo v. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 932. — Contr. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8548; — **Bonelli**, *Comm.*, num. 83, pag. 148; — A. Venezia, 5 febbraio 1885, *Temi ven.*, 1885, 96.

(41) V. sopra, num. 248 *sub A)*.

(42) Questa differenza tra il curatore e la delegazione dei creditori da una parte e il giudice delegato dall'altra, risulta dal testo stesso della legge, la

Cessato dall'ufficio affidatogli, il curatore deve consegnare al fallito tutti i suoi beni, i suoi libri, le sue carte, colle condizioni e cautele stabilite nel concordato, facendosene rilasciare ricevuta (art. 841_2). Deve rendergli il conto della sua gestione, il quale è discusso e chiuso alla presenza del giudice delegato (art. 841_2 cit.). La forma giudiziale del rendiconto si deve intendere prescritta dalla legge ad esclusione di ogni altra, perchè nell'art. 841 il rendiconto è considerato come l'ultimo atto della procedura di fallimento, col quale si constata, non solo nell'interesse fondato del fallito, ma nell'interesse dei creditori, e più di tutto nell'interesse pubblico, la buona e regolare gestione del curatore. Non si dimentichi che la rappresentanza legale del curatore ha un lato pubblicistico, e che perciò il regolare esercizio della rappresentanza stessa non può essere sottratto al controllo dell'autorità giudiziaria, la quale ha affidato l'incarico, di cui si tratta, e che potrebbe domani affidarne un altro, allo stesso curatore (43). Nelle forme dell'art. 841 deve essere reso soltanto il conto della gestione *durante il fallimento*, non anche il conto della gestione, che eventualmente possa essere stata tenuta dal curatore per incarico avutone nel concordato dopo il passaggio in giudicato della sentenza omologativa: per esempio, nella liquidazione stragiudiziale del patrimonio del fallito e nel pagamento delle quote concordatarie. Questa ulteriore gestione è tenuta dal curatore in forza del contratto, e in qualità di mandatario del fallito e dei creditori: mentre il rendiconto giudiziale dell'art. 841 non riguarda evidentemente che l'esercizio della sua rappresentanza legale (44).

Discusso e chiuso il conto, se ne stende processo verbale dal

---

quale, dopo aver detto (art. 841_1) che curatore e delegazione cessano dalle funzioni " tostochè la sentenza di omologazione non sia più soggetta ad opposizione od appello ", aggiunge per il solo giudice delegato (art. 841_3) che questi cessa dalle funzioni dopo steso il processo verbale del conto del curatore. — Ciò significa che curatore e delegazione cessano dall'ufficio anche prima della resa del conto: v. Trib. Bari, 19 luglio 1894, *Foro, Rep.*, 1894, voce *Fallimento*, num. 254. — Così anche la giurisprudenza francese: v. A. Chambéry, 29 dicembre 1882, *Journ. des faill.*, 1883, 289.

(43) Cass. Torino, 11 dicembre 1895, *La Giurispr.*, 1897, 21; — Cass. Torino, 26 novembre 1898, *Foro*, 1899, 94; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 946. — Contr. A. Genova, 16 ottobre 1889, *Foro*, 1890, 671.

(44) Contr. Cass. Torino, 11 dicembre 1895, *La Giurispr.*, 1896, 21.

giudice delegato, che solo allora cessa dalle sue funzioni. Sulle contestazioni giudica il tribunale con sentenza non soggetta nè ad opposizione, nè ad appello (art. 913). La non impugnabilità della decisione non può essere contestata, perchè pronunciata in materia che è indubbiamente *di fallimento* (art. 913 cit.); il conto concerne la gestione del patrimonio, soggetto allo *spossessamento fallimentare* durante lo spossessamento e la procedura del fallimento: le responsabilità su cui il tribunale deve giudicare, dipendono da atti compiuti *durante la procedura di fallimento* e *riguardanti la procedura di fallimento,* cioè la *conservazione* e *liquidazione dell'attivo:* il rendiconto stesso è infine l'atto finale ed ultimo della *procedura di fallimento,* dopo il quale soltanto il giudice delegato cessa dalle sue funzioni (45).

251. Chiusa la procedura di fallimento, terminato lo spossessamento, disciolta la massa, uscito d'uffizio il curatore, potranno ancora, e da chi, esercitarsi le azioni di nullità degli art. 707 e 709 Cod. comm.?

Dal fallito, no, evidentemente, perchè quelle nullità hanno effetto *rispetto alla massa,* come risulta letteralmente dagli stessi articoli 707 e 709 (46). Si è detto che possa il fallito prevalersi di quelle nullità e di quelle presunzioni, quando ne resterebbero pregiudicati i creditori concordatari non ancora saldati (47). Ma poichè non si contrasta che quelle obbligazioni furono validamente contratte dal fallito, e che coloro che divennero creditori in seguito a quegli atti possono far valere i loro diritti sui beni del fallito dopo chiuso il fallimento, non si può recare una eccezione a questa regola, per il solo fatto che dalla sua applicazione resterebbero pre-

---

(45) Conformi al testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 947; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 262; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8584; — **Cavo**, *Concord.*, num. 102; — A. Genova, 7 giugno 1894, *Dir. comm.*, 1894, 618; — Cass. Torino, 26 marzo 1895, *Monit.*, 1895, 674; — A. Napoli, 8 agosto 1897, *Dir. comm.*, 1897, 849.

(46) Per le sole nullità degli atti *posteriori alla dichiarazione* di fallimento, la legge non lo dice esplicitamente. Ma si è concordi nell'ammetterlo: altrimenti si sancirebbe una incapacità che eccede gli scopi della legge: v. **Bonelli**, *Comm.*, num. 371, nota 6.

(47) **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, pagg. 425 e 426, nota; — **Alauzet**, *Commentaire,* IV, num. 2702; — **Direzione** della *Giurisprudenza* di Torino, 1889, 377.

giudicati i creditori già componenti la massa. Nessuna disposizione di legge, nessun principio dedotto dal suo sistema affida al debitore la tutela dei creditori già componenti la massa. Nulla assicura del resto che il debitore agisca nell'interesse dei creditori concordatari. Non essendo questa pretesa rappresentanza legalmente disciplinata, manca ogni garanzia che per effetto dell'esercizio di quelle azioni venga migliorata la condizione dei creditori già costituenti la massa, e non ne ritragga invece vantaggio il fallito che, rientrato nella libera disponibilità dei suoi beni, non deve render conto a nessuno dell' impiego delle sue attività. E in tal modo gli atti da lui compiuti in frode alla legge gioverebbero a lui solo (48).

Le nullità dell'art. 707, essendo stabilite *a favore della massa:* e le *presunzioni di frode* dell'art. 709 dando luogo all'annullamento *rispetto alla massa*, il debitore non solo non può esercitare egli l'azione di nullità, ma non può neppure *prevalersi* dell'azione esercitata dalla massa. Finito il fallimento e sciolta la massa, il debitore non può pretendere di disconoscere gli atti da lui compiuti e dichiarati nulli rispetto a questa. La situazione non muta, perchè la nullità è stata dichiarata dal giudice: ciò che era nullo solo rispetto alla massa prima della sentenza, non può dopo la sentenza diventar nullo anche rispetto al fallito. Non è già solo l'*azione di nullità*, cioè il diritto di far giudizialmente dichiarare la nullità, che spetta esclusivamente alla massa; ma è la *nullità stessa* che vale solo rispetto alla massa: è il diritto di disconoscere gli atti colpiti dalla nullità che spetta solo ed esclusivamente alla massa. Dicemmo, è vero, che le decisioni emesse in confronto di questa sono efficaci di fronte al fallito dopo il concordato; ma aggiungemmo che ciò avviene

(48) Conformi al testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 214; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 265; — **Bonelli**, *Comm.*, num. 372, nota 4; — **Luciani**, *Fallim.*, num. 363; — **Boistel**, *Cours*, num. 1051; — **Alauzet**, *Comm.*, IV, num. 2703; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 632; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2095; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 228; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 515; — Cass. Roma, 4 dicembre 1876, *Eco di giurisprudenza commerciale*, 1887, 510; — A. Genova, 8 aprile 1889, *Monit.*, 1889, 863; — A. Genova, 11 dicembre 1896, *Temi gen.*, 1897, 52; — Cass. francese, 30 luglio 1866, *Dalloz*, 1867, 1, 38; — Cass. 18 febbraio 1878, *Dalloz*, 1878, 1, 291; — A. Parigi, 20 dicembre 1886, *Journ. des faill.*, 1887, 67; — A. Parigi, 12 gennaio 1892, *Journ. des faill.*, 1892, 161; — *Reichsgericht* germ., 14 marzo 1882, *Entsch.* VII, 35.

solo quando la massa ha agito *utendo iuribus* del fallito: non quando ha agito in virtù di un *diritto proprio* (49).

Potranno, chiuso il fallimento e disciolta la massa, valersi di queste nullità i creditori *uti singuli*? Non lo crediamo. Già contro questa possibilità sta la parola della legge, la quale ha stabilito quelle nullità a favore della *massa* e non dei singoli creditori. Ma v'è inoltre una impossibilità giuridica e pratica di concedere simile diritto ai creditori. Le nullità degli art. 707 e 709 presuppongono, come una necessità logica e di fatto, l'esistenza di una procedura collettiva di esecuzione e il raggruppamento dei creditori in una massa. Uno dei tratti caratteristici, che differenziano la *pauliana* civile dalle azioni di nullità in materia di fallimento, è questo: che la pauliana giova solo al creditore che ha esercitato l'azione (50), mentre le azioni di nullità non possono giovare che a *tutti* i creditori (51): mentre la *pauliana* ha per iscopo di ottenere il risarcimento del danno sofferto dal creditore coll'atto fraudolento (52), le azioni di nullità hanno per iscopo di *far rientrare nel patrimonio del debitore le attività illegittimamente uscitene* (53). Solo per una deplorevole confusione tra azioni di nullità nel fallimento e pauliana civile si può affermare che un singolo creditore, quando il patrimonio è tornato nella libera disponibilità del fallito, quando i creditori hanno ripreso il libero esercizio delle loro azioni individuali, possa giovarsi di una nullità stabilita solo allo scopo di *far rientrare nel patrimonio del fallito le attività uscitene perchè tutti i*

---

(49) V. num. 248. — Nel senso del testo: Cass. francese, 30 luglio 1866, *Dalloz*, 1867, 1, 385; — **Bonelli**, *Comm.*, num. 372, nota 4; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 220. — Contr. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 214 (il quale a torto cita come favorevole alla sua tesi **Bédarride**, *Faill.*, num. 630 e **Demangeat**, *Droit comm.*, pag. 425, che non trattano punto la questione); — **Fitting**, *Konkursrecht*, § 24, nota 11.

(50) Cfr. **Aubry** e **Rau**, *Cours*, IV, § 313, nota 41; — **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon*, XXV, num. 267 e seg.; — **Pacifici-Mazzoni**, *Istit.*, IV, num. 108; — **Maierini-Giorgi**, *Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore a pregiudizio dei creditori*, Firenze, 1899, num. 105; — **Giorgi**, *Obbl.*, II, num. 353; — **Zachariä-Crome**, *Handb.*, II, § 293, nota 5.

(51) Cfr. **Giorgi**, *Obbl.*, II, num. 373.

(52) V. **Giorgi**, *Obbl.*, II, num. 338 e 341; — **Aubry** e **Rau**, *Cours*, IV, § 313, pag. 130.

(53) Cfr. **Bonelli**, *Comm.*, num. 384; — **Luciani**, *Fallim.*, num. 350; — **Thaller**, *Faill.*, II, pagg. 375 e 376.

creditori possano anche su quelle soddisfarsi dei loro crediti. Il mantenimento dell'uguaglianza è il presupposto necessario perchè possano applicarsi le nullità degli art. 707 e 709; — e dopo il concordato l'uguaglianza non è più la legge che regola i rapporti fra creditori e debitore (54).

Si comprende però, che se la nullità dipende da uno di quegli atti che la legge prevede e punisce in via penale all'art. 866 Cod. comm., e la nullità è stata pronunciata nella sentenza penale di condanna, chiunque, anche il fallito, ed in qualunque tempo, potrà prevalersene, come dispone espressamente l'art. 867, num. 3.

§ 2. — Effetti mediati del concordato: cessazione delle incapacità e decadenze civili e fine del procedimento penale.

Sommario: 252. Occorre una speciale pronunzia per il riacquisto della piena capacità civile e politica. — 253. Malgrado le poco esatte espressioni della legge elettorale politica ed amministrativa, la pronuncia speciale è necessaria anche per riacquistare l'elettorato politico ed amministrativo. — 254. Natura giuridica di questa pronuncia. — 255. Poteri del tribunale nell'emanazione di questa pronuncia. — 255[bis]. Impugnabilità della pronuncia. — 256. Necessità dell'accertamento degli obblighi assunti nel concordato. — 257. Impugnabilità della sentenza che accerta l'adempimento degli obblighi. — 258. Cessazione del procedimento penale. — 259. La revoca della sentenza dichiarativa e il procedimento penale per bancarotta fraudolenta.

252. Noi sappiamo che la dichiarazione di fallimento non soltanto priva il debitore della facoltà di disporre dei suoi beni in pregiudizio dei creditori; non solo gliene toglie il possesso e l'amministrazione per deferirli a un curatore rappresentante dei creditori raggruppati in massa: ma produce rispetto alla sua persona

(54) V. nel senso del testo: — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 266; — **Bonelli**, *Comm.*, num. 372; — **Marghieri**, nella *Legge*, 1890, I, 139; — **Luciani**, *Fallim.*, num. 363; — Cass. Napoli, 15 febbraio 1890, *Gazz. proc.*, XXVI, 243; — Cass. Roma, 14 novembre 1898, *Foro*, 1899, 67; — Cass. Torino, 25 gennaio 1900, *Dir. comm.*, 1900, 590; — A. Palermo, 22 marzo 1901, *Dir. comm.*, 1901, 588. — Contr. **Boistel**, *Cours*, num. 1052; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 632; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2095 (ma si noti che nel *Code de commerce* vi è una disposizione formale, quella dell'art. 517, per cui ogni singolo creditore può giovarsi dopo il concordato dell'ipoteca legale della massa: disposizione che la dottrina estende per analogia).

talune conseguenze *non patrimoniali*, che costituiscono, in sostanza, una vera *capitis deminutio*. Queste conseguenze sono:

a) Iscrizione del suo nome nell'albo dei falliti (art. 697 Cod. comm.). La iscrizione non solo costituisce in sè una pena, in quanto è il simbolo esteriore e pubblico della nota d'infamia colla quale la società colpisce il commerciante fallito (1), ma è anche la condizione, perchè *in fatto*, le altre incapacità possano applicarsi: solo chi è iscritto in questo *catalogo ufficiale dei falliti*, è sottoposto alle decadenze che fanno seguito al fallimento (2);

b) Esclusione dalle sale della borsa (art. 697_2 Cod. comm.);

c) Esclusione dalle funzioni di tutore, protutore, curatore, membro dei consigli di famiglia (art. 269 Cod. civ.);

d) Esclusione dall'ufficio di giurato (art. 8, num. 3, legge 8 giugno 1874); *e di conciliatore e vice-conciliatore* (art. 5, legge 16 giugno 1892);

e) Esclusione dall'elettorato politico (art. 88, legge 24 settembre 1882 [art. 98, testo unico 28 marzo 1865]) ed *amministrativo* (art. 30, num. 4, legge 10 febbraio 1889 [art. 22, lett. *i*, testo unico 5 maggio 1898]);

f) Esclusione dall'elettorato per le Camere di commercio (art. 12, legge 16 luglio 1862) e dall'*elettorato per il collegio dei probi-viri* (art. 17, lett. *e*, della legge 15 giugno 1893).

Un'ultima conseguenza della dichiarazione di fallimento è l'*inizio degli atti d'istruttoria necessari a conoscere se vi sia materia di procedimento penale* (art. 694). Se indizi di reato vi sono, il procedimento penale si inizia e prosegue senza interruzione, parallelamente, ma separatamente, alla procedura commerciale di fallimento (art. 696).

Tutte queste decadenze ed incapacità civili, e l'azione penale per bancarotta non vengono meno per il solo fatto del concordato: occorre inoltre: 1° che il tribunale nella sentenza di omologazione, con una pronuncia *ritualmente connessa* a quella di omologazione, ma da questa *sostanzialmente distinta*, ordini, dopo il completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato, la cancellazione del nome del debitore dall'albo dei falliti, e la revoca della sentenza dichiarativa del fallimento, anche rispetto al procedimento

---

(1) V. **Bonelli**, *Comm.*, num. 205; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 1694.
(2) V. **Bonelli**, *Comm.*, num. 208.

penale; 2° che una successiva sentenza accerti la completa esecuzione del concordato (art. 839).

La *cancellazione del nome del debitore dall'albo dei falliti*, è, per il Codice vigente, quello che era la *riabilitazione* nel Codice del 1865 (art. 719) (3): nessun dubbio perciò che sia necessaria la cancellazione dall'albo, perchè vengano meno quelle decadenze ed incapacità che le leggi anteriori al Codice di commercio del 1882 facevano cessare mediante la *riabilitazione*. È quindi fuori di discussione che il solo concordato non basti, ma occorre la concessione dei beneficî di cui all'art. 839, non soltanto perchè il fallito sia riammesso nei locali delle borse, come risulta testualmente dall'art. 697, ma perchè riacquisti la capacità agli uffici di tutore, protutore, curatore e membro dei Consigli di famiglia, all'ufficio di giurato e di conciliatore e all'elettorato per le Camere di commercio. L'art. 269 Codice civile, al num. 4 dice infatti che sono esclusi dagli uffici tutelari " i falliti non riabilitati „ e l'art. 8 della legge sui giurati, richiamato dall'art. 5 di quella sui conciliatori, accenna appunto ai falliti *non riabilitati*. Infine l'art. 12 della legge sulle Camere di commercio dichiara che non sono nè *elettori* nè *eleggibili* le persone, di cui all'art. 23 della legge comunale e provinciale 23 ottobre 1859, la quale, alla sua volta, escludeva dall'elettorato " coloro che sono in *istato di fallimento dichiarato o che abbiano fatto cessione di beni, finchè non abbiano pagati interamente i creditori* „, articolo che la giurisprudenza prevalente del tempo interpretò sèmpre nel senso che fosse necessaria la riabilitazione nel caso del fallimento o almeno il pagamento *integrale*, ma non il *semplice concordato* (4).

253. Può sorgere dubbio soltanto se il concordato sia sufficiente a far riacquistare al fallito l'elettorato *politico* ed *amministrativo*. Ambedue gli articoli citati della legge *elettorale politica* e della legge

(3) **Bonelli**, *Comm.*, num. 208; — **Bolaffio**, *Comm.*, num. 46.

(4) V. le sentenze riferite da **Bonelli**, *Comm.*, num. 209, nota 1. — Gli autori sono concordi nel ritenere che per divenire capace agli uffici *tutelari* e a quelli di *giurato* e di *conciliatore*, il fallito concordatario debba avere ottenuto la cancellazione dall'albo, a norma dell'art. 839: v. **Vidari**, *Corso*, VIII, numeri 7536 e 7537 (diversamente nel num. 8557); — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 113; — **Bolaffio**, *Comm.*, num. 48, pag. 99; — **Luciani**, num. 283; — **Bonelli**, *Comm.*, num. 208. — Contr. l'opinione isolata del **Guariglia**, *Concord.*, pag. 260, che a torto perciò censura la legge; v. pag. 261, nota 1.

comunale e provinciale dichiarano i commercianti falliti incapaci di essere elettori ed eleggibili *finchè dura lo stato di fallimento.* Ora, osservando, che per l'art. 841 Cod. comm. " tostochè la sentenza di omologazione non sia più soggetta ad opposizione od appello, *cessa lo stato di fallimento...* „ se ne è concluso che il concordato è sufficiente a far riacquistare al fallito la piena capacità elettorale politica ed amministrativa.

È vero che in materia di incapacità e di decadenze di diritti *non è ammessa interpretazione analogica* (art. 4 disp. prel. Cod. civ.). Ma a noi sembra che non sia a interpretare per analogia il ricercare, come crediamo si possa e si debba, quale effettivo valore abbia, non presa isolatamente nell'articolo 841, ma ricollegata a tutto il sistema della legge, la frase: " tostochè la sentenza di omologazione non sia più soggetta ad opposizione od appello, *cessa lo stato di fallimento* „. Che cosa significhi *cessa lo stato di fallimento* nell'art. 841 si può desumere riavvicinando questo articolo ad altre due disposizioni: quelle degli art. 839 e 861. L'articolo 839 stabilisce che il tribunale, oltre alla cancellazione dall'albo, può dichiarare che " resti revocata la sentenza dichiarativa del fallimento *anche* rispetto al procedimento penale „; e l'art. 861 aggiunge: " Se il tribunale, colla sentenza di omologazione del concordato *dichiari, secondo le disposizioni dell'art. 839, rivocata la sentenza dichiarativa del fallimento,* il procedimento ecc. „. Ciò significa che colla semplice omologazione del concordato, la sentenza dichiarativa del fallimento *non viene revocata:* ma per la revoca occorre una speciale e distinta pronunzia. Ora, ferma restando la sentenza dichiarativa di fallimento, come, ed in qual senso, può venir meno lo *stato di fallimento?* Un criterio per coordinare gli art. 839 e 861 coll'art. 841 ce lo fornisce il Codice stesso, il quale nell'art. 820_3, parlando degli effetti della convocazione dei creditori per essere sentiti sulla domanda di moratoria, stabilisce che " l'ordinanza stessa non è di ostacolo alla prosecuzione degli atti conseguenti alla dichiarazione di fallimento *rispetto alla persona e ai beni del fallito* „, classificando così gli effetti della dichiarazione in due grandi categorie: effetti *riguardanti i beni,* effetti *riguardanti la persona del debitore.* Ma che nell'art. 841 si parla *soltanto* della cessazione degli effetti della sentenza *riguardo ai beni,* è dimostrato ad evidenza dalle seguenti considerazioni:

a) Due sole altre volte il Codice, nel libro III, parla dello

stato di fallimento: una, nell'art. 683, per indicare quello *stato patrimoniale di perdita,* che la sentenza dichiarativa constata, aprendo la *procedura di fallimento* e dando luogo a tutte le altre conseguenze d'*indole personale:* — l'altra, nell'art. 699, per stabilire il *tempo nel quale, durando lo spossessamento,* i beni acquistati dal fallito s'intendono devoluti alla massa. Ma se è vero che il concordato fa venir meno lo *stato patrimoniale di perdita,* è pure altrettanto vero che l'art. 841 non può aver affermato che, cessato lo stato patrimoniale riconosciuto dalla sentenza dichiarativa, vien meno anche la sentenza dichiarativa, perchè altrove (art. 839 e 861) dice esplicitamente che col concordato la sentenza dichiarativa *non viene revocata.* Che significato può avere allora lo *stato di fallimento* dell'art. 841? Sicuramente, quello stesso, nel quale assume questa espressione l'art. 699. E l'articolo 699 dice: " la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data, di pieno diritto, il fallito dell'amministrazione dei suoi beni *ed anche di quelli che gli pervengono durante lo stato di fallimento* ". Ora siccome lo spossessamento del debitore cessa ogni volta che cessa la *procedura di fallimento,* lo *stato di fallimento,* per l'articolo 699, è appunto la *procedura di fallimento.* Ed anche per l'articolo 841 *cessazione dello stato di fallimento* non vuol dire altro che *cessazione della procedura.*

b) La stessa locuzione dell'art. 841 dimostra che si tratta del termine della *procedura.* Ce ne persuaderemo meglio leggendo tutto *il primo capoverso dell'articolo:* " Tostochè la sentenza di omologazione non sia più soggetta ad opposizione od appello, cessa lo stato di fallimento *e con esso cessano le funzioni del curatore e della delegazione dei creditori,* salvo ciò che è disposto negli articoli seguenti ". La legge ha voluto enumerare le conseguenze più importanti *connesse alla cessazione dello stato di fallimento,* e si è occupata *solo* di quelle concernenti l'*organismo giudiziario ed amministrativo del fallimento,* ossia di quelle connesse alla *procedura.*

c) Infine tutti gli articoli che si occupano della condizione del debitore *dopo omologato il concordato* lo qualificano come *fallito. Fallito* lo chiama l'art. 842 disciplinando l'annullamento del concordato omologato; *fallito* lo chiama l'art. 843 disciplinando la *risoluzione per inadempimento:* e ciò *prima* che il concordato sia risolto o annullato e *dopo* l'omologazione, ossia in uno stadio in cui l'art. 841 ha avuto applicazione. *Fallito* lo chiama l'art. 792 regolando i diritti

dei creditori concordatari di fronte ai coobbligati e fideiussori *dopo il concordato*. Il che significa evidentemente che anche dopo l'omologazione, a tutti gli effetti *personali*, il fallito continua ed essere fallito, e che l'art. 841 non riguarda che il termine della procedura. Tanto più che quando, oltre al concordato, esistono anche gli estremi per la cancellazione dall'albo, la legge non chiama più *fallito* colui che ha ottenuto un concordato, ma *debitore* (art. 839).

Tutto ciò dimostra, come, del resto, nessuno nega, che, secondo l'art. 841, il concordato non produce *di per sè* e *direttamente* che la *cessazione della procedura di fallimento*, fermi restando gli *effetti personali* della dichiarazione di fallimento. Si potrebbe forse osservare che in tal modo non si dà alla cessazione della procedura per conclusione del concordato una portata più estesa della cessazione per compiuta ripartizione della sostanza mobiliare ed immobiliare del fallito (art. 815). Ma è facile rispondere che gli effetti del concordato restano sempre molto più importanti, anche se immediatamente non ne deriva che la cessazione della *procedura*. Il concordato libera *definitivamente* il fallito dalle azioni dei creditori: mentre la ripartizione conserva a ciascun creditore le sue ragioni al pagamento del residuo credito (art. 815_1): il concordato dà modo, quando concorrano ragioni di speciale riguardo, di ottenere la cancellazione dall'albo dei falliti, mentre la ripartizione lascia intatte tutte le incapacità derivanti dal fallimento e la iscrizione nell'albo, da cui non si è cancellati se non si provi di aver pagato intieramente in capitale, interessi e spese tutti i crediti ammessi al fallimento (art. 816): il concordato infine rende possibile la revoca della sentenza dichiarativa anche rispetto al procedimento penale, mentre la cessazione della procedura per ripartizione non importa mai cessazione del procedimento penale, anche se si siano pagati integralmente tutti i crediti ammessi al passivo (5).

---

(5) La giurisprudenza prevalente suol ritenere veramente che il pagamento integrale faccia venir meno *ope legis* il procedimento penale per bancarotta semplice: v. le decisioni citate da **Bonelli**, *Comm.*, num. 201, nota 1. — Ma a torto. L'art. 816 non dice verbo sull'estinzione dell'azione penale, e non si può argomentare per *analogia* dall'art. 839, primo perchè l'interpretazione *analogica* è esclusa in una materia così eccezionale; secondo, perchè l'azione penale per bancarotta è *pubblica* (art. 855), e la tacitazione dei creditori non può avere su di essa influenza; terzo, perchè il caso del concordato è ben diverso,

Ma, ammesso che *il concordato non produce altro effetto immediato, secondo l'art. 841, che la cessazione della procedura*, si deve concludere che la legge elettorale politica e quella amministrativa, stabilendo che la incapacità elettorale dura finchè dura lo *stato di fallimento*, non possono essersi accontentate che per effetto del concordato, sia stata chiusa la *procedura di fallimento*. Bisogna tener presente che quelle disposizioni delle due leggi elettorali non sono scritte solo *per il concordato:* ma riguardano *tutti i modi, coi quali può terminare il fallimento,* dei quali il concordato è uno, sia pure il più importante, ma non l'*unico*. Non è, dunque, possibile scinderle, dando loro, rispetto al concordato, un significato diverso che rispetto alle altre cause di risoluzione del fallimento. E perciò se nel caso del concordato, per riacquistare la capacità elettorale bastasse la cessazione *della procedura,* se cioè *fine dello stato di fallimento*, per quelle due leggi, significasse *fine della procedura,* ogni volta che termina la *procedura,* bisognerebbe ritener riacquistata la capacità elettorale: bisognerebbe ritenerla riacquistata nel caso di chiusura del fallimento per *ripartizione dell'attivo:* bisognerebbe ritenerla riacquistata perfino nel caso di chiusura del fallimento per *insufficienza d'attivo*! (6). Conseguenze assurde, che costituiscono la prova più chiara della falsità delle premesse.

In ultimo, a noi non sembra possa passare senza contestazione ciò che si afferma comunemente, trattarsi di disposizioni d'indole penale, le quali ammettono *quindi* solo l'interpretazione più restrittiva. Ritorna anche qui in campo il vecchio errore che nelle disposizioni penali, e formanti eccezione alle regole generali, non sia ammissibile altra interpretazione che la *letterale*. Ma l'art. 4 delle disp. prelim. al Codice civile, il quale stabilisce che " le leggi

---

concorrendo qui un apprezzamento del giudice sulla moralità e scusabilità del fallito, che nel caso dell'art. 816 non esiste. V. in questo senso: Cass. Roma, 8 aprile 1891, *Corte Suprema*, 1891, 223; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8284; — **Calamandrei**, *Fallim.*, II, num. 602.

(6) È vero che l'art. 817_2 fa in questo caso salvi, rispetto al fallito, gli effetti della dichiarazione di fallimento, ma in questa interpretazione delle leggi elettorali, si potrebbe sempre ritenere che siano salvi quegli effetti *che non cessano col cessare della procedura:* cioè la iscrizione del nome nell'albo, con tutte le altre conseguenti incapacità e il procedimento penale; non quelli che cessano col solo cessare della procedura; quindi, nell'ipotesi, le incapacità elettorali.

penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, *non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi* „, se esclude l'interpretazione *estensiva*, non vieta punto, anzi suppone che si sia proceduto alla interpretazione *logica* della disposizione di legge. Solo quando l'indagine sulla *mens legis* lasci tuttavia in dubbio l'interprete, si dovrà scegliere l'interpretazione restrittiva, in confronto della estensiva (7).

254. Perchè il concordato faccia venir meno anche gli effetti civili e penali, riguardanti la *persona* del debitore, occorre che il tribunale, con apposita pronuncia, gli accordi la cancellazione del nome dall'albo dei falliti e la revoca della sentenza dichiarativa anche agli effetti del procedimento penale (art. 839 e 861).

La concessione di ambedue questi benefizi è una facoltà tutta discrezionale che la legge attribuisce esclusivamente al tribunale che omologa il concordato (8). Lo dice la legge esplicitamente: " Qualora dalle circostanze del fallimento e dalle condizioni del concordato, il fallito si mostri meritevole di speciale riguardo, la sentenza di omologazione *può anche ordinare* che, dopo il completo

---

(7) Cfr. **Pescatore**, *La logica del diritto*, pag. 43; — **Hölder**, *Pandekten*, I, pag. 69; — **Fadda** e **Bensa**, *Note al* **Windscheid**, pag. 143. — L'opinione adottata nel testo è seguita da **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 943; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 261, nota; — **Cavo**, *Concord.*, num. 90; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 306. — Contr. **Bolaffio**, *Comm.*, num. 48; — **Vidari**, *Corso*, VIII, num. 7536 (ma diversamente parrebbe nel num. 8558); — **Luciani**, *Fallim.*, num. 283; — e la giurisprudenza: A. Torino, 29 agosto 1884, *La giurispr.*, 1884, 777; — Cass. Roma, 13 maggio 1885, *Foro*, 1885, 644; — Cass. Roma, 1° marzo 1888, *Legge*, 1888, II, 148; — A. Bologna, 19 agosto 1898, *Monit. giur.*, di Bologna, 1898, 332: — dominata sempre dall'errore che le disposizioni restrittive di diritti non ammettono che la interpretazione *letterale*. — Incerto **Bonelli**, *Comm.*, numero 209.

(8) Non quindi al giudice penale nel procedimento di bancarotta, che perciò mancherebbe di giurisdizione: Cass. Firenze, 30 luglio 1884, *Temi ven.*, 1884, 615; — Cass. Torino, 21 maggio 1885, *Foro*, 1885, 378; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 916; — **Cavo**, *Concord.*, num. 95; — **Bolaffio**, *Comm.*, num. 45, pag. 93 nota 2; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8573; — **Bonelli**, *Comm.*, num. 200, nota 11; — **Florian**, *Cass. Unica*, 1898, 673; — **Manzini**, *Le questioni pregiudiziali di diritto civile, commerciale e amministrativo nel processo penale*, Firenze, 1899, pagine 126 e 127. — Contr. **Felici**, nella *Riv. pen.*, 1899, 473.

adempimento degli obblighi assunti nel concordato, il nome del debitore sia cancellato dall'albo dei falliti. *Può altresì dichiarare* che mercè l'adempimento anzidetto resti revocata la sentenza dichiarativa del fallimento, anche rispetto al procedimento penale „. La natura tutta speciale di questa facoltà risulta evidente dalla parola della legge. Non soltanto si tratta qui di una *libertà d'apprezzamento* lasciata al giudice nella valutazione dei fatti che stanno a base della sua pronuncia: ben più: qui il giudice è lasciato addirittura libero di *emettere o non emettere la pronuncia*. Quando la Corte d'Appello pronunzia sull'atto di adozione presentatole, decidendo, senza motivi, se si fa o non si fa luogo all'adozione (articolo 216 Cod. civ.); quando il tribunale autorizza la moglie a fare gli atti di cui all'art. 134 Cod. civ. nei casi dell'art. 136; quando autorizza il genitore esercente la patria potestà a fare atti eccedenti la semplice amministrazione (art. 224 Cod. civ.), quando omologa deliberazioni del Consiglio di famiglia autorizzanti atti di alienazione (art. 301 Cod. civ.), quando autorizza l'alienazione della dote (art. 1405 Cod. civ.) ecc., ha il più ampio potere d'apprezzamento nel pronunciare favorevolmente o sfavorevolmente alla adozione, o alla autorizzazione, o alla omologazione richiesta; ma non è lasciato alla sua iniziativa il pronunziarsi o non pronunziarsi. Una volta eccitato dalla domanda del privato, il giudice deve decidere, per quanto sia fornito del più ampio potere d'apprezzamento per decidere nell'uno piuttosto che nell'altro senso. Nella concessione dei beneficî dell'art. 839, il tribunale ha un potere anche più esteso: non solo può, nella sentenza di omologazione dichiarare il fallito meritevole o non meritevole dei beneficî: ma può *astenersi* dal dichiarar nulla: il silenzio del giudice non costituisce, come costituirebbe in qualunque altra occasione, un atto di *denegata giustizia:* ma è il puro e semplice esercizio di un diritto che la legge riconosce al tribunale.

Dalla particolare natura di questa facoltà, derivano alcune conseguenze importanti:

a) il tribunale non ha bisogno di essere eccitato da alcuna domanda, nè del fallito, nè del curatore, nè di altri interessati per concedere quei benefizi: esso ha il diritto e il dovere di concederli *d'uffizio*, quando lo crede opportuno.

b) nè il fallito, nè il curatore, nè alcun altro interessato ha un'*azione* per ottenere dal tribunale la concessione dei benefizi,

e, per conseguenza, a nessuno è data una *eccezione* per opporvisi (9). È evidente che non può essere concessa *azione* per il riconoscimento di un diritto, sul quale è data piena facoltà al giudice di non pronunziarsi neppure.

c) questa facoltà discrezionale spetta al tribunale nel giudizio di omologazione e si consuma col giudizio di omologazione. Poichè la facoltà consiste non solo nel concedere o non concedere i benefizi, ma di pronunziarsi o non pronunziarsi su di essi, s'intende che se al momento in cui il magistrato poteva pronunziarsi, cioè nella sentenza di omologazione, ha omesso di pronunziare, ha *consumato* la facoltà concessagli, e non può più nè *d'uffizio*, perchè in nessun' altra circostanza è investito dalla legge della cognizione degli effetti del concordato, nè ad *istanza delle parti*, perchè sono carenti d'azione, far ciò che poteva e doveva, se lo avesse creduto opportuno, nella sentenza di omologazione (10).

Il tribunale essendo completamente libero di pronunziarsi o non pronunziarsi sulla concessione dei benefizi, a più forte ragione, è libero nell'apprezzare i fatti che possono indurlo a concederli. Tuttavia la legge ha stabilito un limite all'arbitrio del magistrato: essa ha voluto che i benefizi non possano concedersi, se non quando il fallito *si mostri meritevole di speciale riguardo.* Ciò non significa, si badi bene, che ogni volta che il fallito possa sembrar meritevole di speciale riguardo, *debba* il tribunale ordinare la cancellazione dall'albo e la revoca della sentenza dichiarativa rispetto al procedimento penale. Lo dice chiaramente la legge: quando il fallito si mostra meritevole di riguardi, il tribunale *può* ordinare la cancellazione, *può* dichiarare revocata la sentenza dichiarativa. La ragione è evidente: il giudicare se il fallito sia meritevole di riguardi dipende da un apprezzamento *essenzialmente subiettivo:* è *al tribunale esclusivamente* che il fallito deve sembrar

---

(9) V. quanto ai creditori: Cass. Torino, 11 febbraio 1896, *Temi gen.*, 1896, n. 382.

(10) Conformi al testo: A. Venezia, 21 marzo 1884, *Mon.*, 1884, 387; — Cass. Firenze, 30 luglio 1884, *Tem. ven.*, 1884, 615; — A. Casale, 29 ottobre 1885, *La giurispr.* di Casale, 1886, 30; — Cass. Torino, 17 febbraio 1886, *Mon.*, 1886, 525; — A. Casale, 26 luglio 1887, *La giurisprudenza* di Casale, 1887, 323; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 919; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8561. — Contr. A. Torino, 27 luglio 1891, *La giurisprudenza*, 1891, 763; — **Cavo**, *Concord.*, num. 91.

meritevole di riguardi. Non si tratta di una condizione di fatto *obiettiva* che, quando esiste, il magistrato non può non riconoscere. Qui il magistrato non riconosce un fatto che esiste, all'infuori di lui, ma *concorre a costituire la condizione di fatto* che dà luogo poi alla sua pronunzia. È questa una nuova prova della natura tutta speciale delle facoltà concesse al tribunale dall'art. 839 e del carattere particolarissimo della sua pronunzia. In base a quali elementi dovrà il tribunale formarsi *questa opinione favorevole al fallito*, che costituisce il presupposto di fatto della concessione dei benefizi? Gli elementi sui quali deve fondarsi l'opinione favorevole sono: *le circostanze del fallimento e le condizioni del concordato*. Il giudice non può ritenere il fallito meritevole di riguardi in base ad altri elementi, o in base ad uno solo di questi due elementi: solo quando esaminando le circostanze del fallimento e le condizioni del concordato si formi una opinione favorevole al fallito, può concedere i benefizi: allorchè se la formerebbe favorevole in base ad uno solo di questi due elementi, ma l'altro, quando fosse preso in considerazione, potrebbe mutare questa opinione, i benefizi non possono essere conceduti. Dire, quando le circostanze del fallimento, e quando le condizioni del concordato debbano indurre questa opinione, non è possibile: si renderebbe obiettivo un giudizio che deve essere tutto subiettivo. Non si può affermare, ad esempio, che una elevata percentuale nel concordato è necessaria per concedere i benefizi: bisogna persuadersi che la *base di fatto* per la concessione dei benefizi non sono le circostanze del fallimento o le condizioni del concordato, ma l'*opinione* che si forma il magistrato della condotta del fallito, esaminando le circostanze del fallimento e le condizioni del concordato. E perciò, se una percentuale esigua, posta a confronto coll'attivo del fallimento, persuade il giudice che il fallito ha fatto tutti gli sforzi per migliorare la condizione dei creditori: e d'altro canto le condizioni del fallimento dimostrano che l'attivo è scarso per fatti non dipendenti da dolo o colpa del fallito, il tribunale può formarsi egualmente una opinione favorevole di questi, e accordargli i benefizi (11). Non si può dire neppure che la mancanza o qualche irregolarità nei libri di commercio impedisca la

---

(11) A. Venezia, 18 luglio 1889, *Temi ven.*, 1889, 519; — A. Milano, 5 aprile 1898, *Mon.*, 1898, 653; — A. Bologna, 4 febbraio 1889, *Foro*, *Rep.*, voce *Fallimento*, num. 252.

concessione dei benefizi. Se il fallimento non sia causato dal disordine amministrativo del fallito (per es. il fallimento di un commerciante girovago o di un piccolo artigiano-commerciante, pei quali la tenuta dei libri sarebbe stata probabilmente una superfluità) la mancanza di libri non impedirà al tribunale di formarsi una buona opinione del fallito e di concedergli i benefizi (12). Al contrario, nè elevatezza di percentuale, nè la circostanza che il fallimento sia effetto di un disastro impreveduto, può impedire al tribunale di ritenere il fallito non meritevole di riguardi, quando la condotta da lui tenuta prima o dopo il fallimento (spese eccessive, fuga dopo il fallimento, ecc.) abbia tolta la buona impressione che il magistrato avrebbe avuto dalla esistenza delle altre circostanze favorevoli. I nostri tribunali di solito, ritengono che possano concedersi i benefizi, quando concorrono queste tre circostanze: *scusabilità del fallito:* — *onestà:* — ed *elevata percentuale* (13). Ma le decisioni su questo punto, che ingombrano inutilmente le raccolte di giurisprudenza, non possono mai formar *massima:* è assurdo voler determinare *a priori* quando una persona si debba credere meritevole di riguardi.

255. Quando creda il fallito meritevole di speciale riguardo, il tribunale può: 1° ordinare che, dopo il completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato, il nome del debitore sia cancellato dall'albo dei falliti; 2° dichiarare che, mercè l'adempimento anzidetto resti rivocata la sentenza dichiarativa del fallimento, anche rispetto al procedimento penale (art. 839). Questi due benefizi si possono accordare così congiuntamente che separatamente. Separatamente ne parla la legge, come di due distinte facoltà concesse al tribunale: dopo aver detto che il magistrato può ordinare la cancellazione dall'albo, l'art. 839 aggiunge che " *può altresì* dichiarare... che resti rivocata la sentenza dichiarativa del fallimento

---

(12) A. Palermo, 26 giugno 1896, *Foro, Rep.*, 1896, voce *Fallimento*, num. 239.

(13) A. Napoli, 19 aprile 1889, *Foro*, 1889, 595; — A. Venezia, 27 aprile 1889, *Temi ven.*, 1889, 564; — A. Venezia, 27 dicembre 1889, *Temi ven.*, 1890, 288; — A. Bologna, 15 marzo 1895, *Mon. giur.*, di Bologna, 1895, 85; — A. Bologna, 3 giugno 1898, *Mon. giur.*, 1898, 196; — A. Milano, 22 marzo 1898, *Mon.*, 1898, 775; — A. Trani, 1° febbraio 1898, *Mon.*, 1898, 374; — A. Palermo, 19 novembre 1897, *Cons. comm.*, 1897, 371; — A. Torino, 7 aprile 1899, *Legge*, 1899, II, 18.

anche rispetto al procedimento penale „. Se al tribunale spetta *altresì* questa seconda facoltà, è chiaro che la prima gli spetta anche isolatamente. Il che viene confermato in modo indubbio dalla considerazione che, se non potesse concedersi la cancellazione dall'albo, senza concedere altresì la revoca della dichiarazione di fallimento rispetto al procedimento penale, quest'ultima diverrebbe una conseguenza necessaria della prima. Ma ciò è contradetto dalla lettera della legge, che ha ritenuto necessaria una pronuncia apposita per concedere al fallito questo secondo ordine di benefizi: ed è contradetto dalla natura essenzialmente diversa dei due benefizi: la cancellazione dall'albo opera semplicemente *ex nunc* facendo cessare le incapacità civili e le decadenze in cui è incorso il fallito, ma senza sanare per nulla il passato; la revoca della sentenza dichiarativa quanto al procedimento penale, opera invece *ex tunc*, perchè considera come non avvenuto un reato già perfetto e consumato, paralizzando l'esercizio dell'azione penale. Infine nulla di più giusto e di più conforme ai poteri attribuiti dalla legge al tribunale, che questo abbia facoltà di far cessare le incapacità e le decadenze civili senza pregiudicare per questo l'esercizio dell'azione penale (14).

255^bis^. Si è discusso lungamente se la sentenza, la quale, omologando il concordato, o ometta di pronunciare sui benefizi, oppure li neghi esplicitamente, possa dal fallito essere impugnata mediante appello, per la sola parte che nega i benefizi stessi. La questione è una delle più vessate, e di quelle, che più tormentarono la giurisprudenza. La quale, dopo essere stata fieramente divisa nei primi anni dell'attuazione del Codice, si è oramai acquietata alla interpretazione più benigna ed ammette l'appellabilità (15). La ragione che sembra decisiva a questa giurisprudenza è che la pronunzia sui

---

(14) Nel senso del testo: v. A. Bologna, 9 aprile 1889, *Foro*, *Rep.*, 1889, voce *Fallimento*, num. 250; — A. Venezia, 9 dicembre 1891, *Temi ven.*, 1892, 39; — A. Torino, 14 giugno 1892, *La giurisprudenza*, 1892, 695; — A. Venezia, 24 novembre 1898, *Temi ven.*, 1899, 166; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 915; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 293; — **Bolaffio**, *Comm.*, num. 45, pag. 93.

(15) Per l'*appellabilità*: v. Cass. Firenze, 19 novembre 1883, *Foro*, 1884, 157; — A. Venezia, 21 marzo 1884, *Temi ven.*, 1884, 174; — Cass. Firenze, 9 ottobre 1884, *Foro*, 1884, 1059; — A. Torino, 26 gennaio 1886, *Dir. comm.*, 1886, 722; — A. Torino, 6 febbraio 1886, *Giur. it.*, 1886, II, 210; — A. Torino, 18 set-

benefizi fa parte della sentenza di omologazione (art. 839) e che la sentenza di omologazione, di cui all'art. 836, è espressamente eccettuata dalla regola generale; per cui tutte le sentenze in materia di fallimento non sono impugnabili (art. 913_2). Nè si manca di aggiungere che se fosse appellabile la sola parte della sentenza che omologa, e non anche quella che pronunzia sui benefizi " i giudici di secondo grado potrebbero annullare il concordato, ma la sentenza stessa rimarrebbe salda, quanto ai benefizi anzidetti, ed allora si avrebbe lo sconcio della revoca del fallimento, della radiazione del nome dei debitori dal novero dei falliti, senza che esista concordato " (16).

Sembra anche a noi che, posta nei termini in cui la si pone comunemente, la questione non possa avere soluzione diversa. Ma è il modo stesso con cui la questione è posta, che noi crediamo totalmente sbagliato: è dalla posizione stessa della questione che discende logicamente una conclusione che ci sembra erronea: non dunque nelle deduzioni logiche delle premesse, ma nelle premesse bisogna scoprire e combattere l'errore. La questione si fa ordinariamente sull'art. 913 Cod. di comm.: e ci si domanda, se la pronunzia, colla quale si negano i benefizi, debba essere compresa fra quelle che l'art. 913 esclude dalla appellabilità, oppure fra quelle, ivi particolarmente indicate, che sono invece suscettibili di opposizione o di appello (17). Ma evidentemente, in base all'art. 913, la questione non è neppur proponibile: è vero che la pronunzia

tembre 1886, *Legge*, 1887, I, 41; — Cass. Roma, 28 gennaio 1887, *Foro*, 1887, 194; — A. Torino, 25 marzo 1887, *La giurisprudenza*, 1887, 292; — A. Venezia, 20 maggio 1887, *Foro*, 1887, 572; — A. Torino, 14 gennaio 1889, *La giurisprudenza*, 1889, 250; — A. Venezia, 27 agosto 1889, *Temi ven.*, 1889, 564; — Cass. Roma, 25 aprile 1889, *Foro*, 1889, 498; — Cass. Torino, 9 agosto 1889, *Mon.*, 1889, 936; — Cass. Torino, 13 dicembre 1889, *La giurispr.*, 1890, 144; — Cass. Napoli, 2 dicembre 1890, *Foro*, 1890, 751; — A. Genova, 8 ottobre 1891, *Temi gen.*, 1891, 365; — A. Genova, 31 luglio 1894, *Foro*, 1894, 1024. — Per la *inappellabilità*: A. Venezia, 20 settembre 1883, *Temi ven.*, 1883, 482; — A. Venezia, 31 luglio 1884, *Temi ven.*, 1884, 434; — A. Venezia, 15 aprile 1885, *Foro*, 1885, 372; — A. Bologna, 28 aprile 1885, *Foro*, 1885, 1123; — A. Casale, 3 febbraio 1888, *Foro*, 1888, 438; — A. Macerata, 9 agosto 1888, *Foro, Rep.*, 1889, voce *Fallimento*, num. 201; — A. Casale, 1° luglio 1889, *Mon.*, 1889, 627.

(16) Cass. Firenze, 9 ottobre 1884, *Foro*, 1884, 105.

(17) Cfr. tutte le decisioni citate alla nota precedente, e gli autori che si occuparono della questione: **Guariglia**, *Concord.*, pag. 253; — **Vidari**, *Corso*,

dell'art. 839 non è fra quelle particolarmente enumerate come appellabili dall'art. 913: ma è pur vero che essa non costituisce una *sentenza distinta* dalla sentenza di omologazione che l'art. 913 espressamente dichiara appellabile: la pronunzia sui benefizi invece fa parte e, per chiaro disposto dell'art. 839, non può che far parte della sentenza di omologazione: ne faccia pur parte solo processualmente, ma qui siamo in tema di disposizioni d'indole processuale e tanto basta perchè l'appellabilità non si possa negare basandosi sulla lettera dell'art. 913. Se però, nello sterile campo esegetico, la disputa non può condurre a nessun risultato apprezzabile, a noi sembra che essa assuma un aspetto completamente nuovo e particolarmente interessante considerandola da un punto di vista diverso e più elevato. Invece di domandarci se la pronunzia sui benefizi è compresa o non nel divieto del doppio esame che l'art. 913 sancisce per tutte le sentenze in materia di fallimento, domandiamoci se al fallito spetta *il diritto di provocare il primo esame: e per conseguenza, quello di ottenerne un secondo, quando il primo non gli fu favorevole;* che se il diritto di provocare il primo esame gli spetta, non può l'art. 913 formare ostacolo a che possa ottenerne un secondo in grado d'appello: ma se neppure il primo esame è in sua facoltà il provocare, non si può neppure lontanamente far questione di appellabilità. Ora a noi sembra appunto, data la natura ed il carattere della facoltà demandata al tribunale dall'art. 839, che al fallito *non competa alcuna azione per ottenere dal giudice la cancellazione dall'albo e la revoca della sentenza dichiarativa anche rispetto al procedimento penale; e che, perciò, a più forte ragione, egli non possa appellare dalla sentenza di omologazione, in quanto non gli accordi quei benefizi: perchè non è ammissibile che chi è carente d'azione nel giudizio di primo grado, acquisti l'azione nel giudizio d'appello.* Ma che il fallito sia carente d'azione per chiedere al tribunale i benefizi dell'art. 839, risulta, come abbiamo già notato (18), dalla natura stessa del provvedimento, e da tutta quanta la lettera e lo spirito della disposizione di legge che lo disciplina. Dire, come fa la legge, che " qualora dalle circostanze del fal-

---

IX, num. 8576; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 292; — **Bolaffio**, *Temi ven.*, 1883. 420; — *Annuario critico di giurisprudenza commerciale*, 1884, 38; — **Malpeli**, *I mezzi di impugnativa*, pag. 162 e seg.

(18) V. sopra num. 254.

limento e dalle condizioni del concordato il fallito *si mostri meritevole di speciale riguardo „ il tribunale può ordinare la cancellazione dall'albo e la revoca della sentenza dichiarativa*, significa dar facoltà al tribunale non solo di accordare o negare i benefizi, ma anche di pronunziarsi o non pronunziarsi sui benefizi. Qui non vi è un *fatto* che dia diritto alle parti di ottenere dal magistrato la dichiarazione delle conseguenze che legittimamente ne derivano; ma è il magistrato stesso che, emettendo un apprezzamento generale sulla condotta del fallito, crea quella condizione di fatto che dà luogo alla concessione dei benefizi. Questo solo è necessario perchè si faccia luogo al provvedimento dell'art. 839: che il tribunale si formi una opinione favorevole al fallito: lo creda meritevole di riguardi. Ora potranno gli interessati mettere sott'occhio al magistrato tutte quelle circostanze atte a formare la sua opinione (sebbene esso abbia il dovere di informarsene direttamente), ma non possono avere azione per chiedergli la formazione di una opinione favorevole. Lo ripetiamo: nel caso dell'art. 839, il giudice non *riconosce* una condizione di fatto: ma *crea* questa condizione (19). Prima che questa condizione sia creata, non può esservi azione; quando questa condizione non può più essere creata, l'azione non è più possibile, e non può essere esercitata certo nel giudizio d'appello.

Ciò posto, ecco quali conseguenze ne derivano, quanto all'impugnabilità della sentenza di omologazione, nella parte che concerne la concessione dei benefizi dell'art. 839:

a) Quando il tribunale ha omologato, semplicemente, senza nulla disporre circa i benefizi, non si può, in sede d'appello, chiedere alla autorità superiore la concessione dei benefizi. Non avendo il tribunale ritenuto il fallito meritevole di particolare riguardo, manca il presupposto di fatto per la concessione dei benefizi, e d'altro canto manca al fallito l'azione per ottenere, sia in primo

(19) Quanto ciò sia conforme alla natura dell'attività giudiziale, semplicemente *dichiarativa* e non *costitutiva*, è un'altra questione. Certo, l'art. 839, costituisce una anomalia nel sistema del nostro diritto processuale: una pronunzia del magistrato che estingue l'azione e la condanna penale è, in fondo, un vero *diritto di grazia* accordato, in determinate circostanze, all'autorità giudiziaria. Quanto più logico e giuridico il sistema del Codice di procedura penale che attribuisce al potere esecutivo su parere conforme dell'autorità giudiziaria, il pronunziare la *riabilitazione* dei condannati! (Cod. proc. pen., art. 844).

grado, e, tanto meno, in appello, che il magistrato dichiari il fallito meritevole di riguardi. Solo nel caso, affatto anomalo ed eccezionale, che il tribunale abbia dichiarato il fallito meritevole di riguardi, ma si sia astenuto dal pronunciare sui benefizi, si potrà interporre appello per ottenere che il magistrato superiore tragga dalla condizione di fatto creata colla pronuncia del tribunale, le conseguenze di cui questa condizione è capace.

b) Quando il tribunale omologante il concordato, ha esplicitamente negati i benefizi, non si potrà ottenere la riforma della sentenza nel capo che nega i benefizi. Anche qui il fallito è carente d'azione e non può nel giudizio d'appello esercitare quell'azione che non aveva nel giudizio di primo grado.

c) Quando invece il tribunale non ha omologato, e la Corte d'appello è legittimamente investita del giudizio di omologazione, in seguito ad appello degli interessati, non v'è alcun ostacolo a che il magistrato d'appello pronunzi, non solo sull'omologazione, ma anche sui benefizi: non si tratta di *investire* il giudice d'appello del giudizio sulla concessione dei benefizi; il che non può avvenire per carenza d'azione negli interessati: la Corte qui è già *investita* della facoltà di pronunziare sull'omologazione: è già sostituita al tribunale nel giudizio di omologazione: deve esservi quindi sostituita anche nella facoltà di concedere i benefizi.

d) Quando infine il tribunale ha omologato, ma la sentenza di omologazione è stata annullata dal giudice d'appello, tutta la pronunzia di primo grado vien meno: e non solo la parte che pronuncia sull'omologazione (20). Se infatti non è possibile appello per la sola parte che concerne i benefizi, non è già perchè la sentenza sia passata in giudicato come inappellabile in forza dell'art. 913, ma perchè il fallito e qualunque altro interessato sono *carenti d'azione*. Ma se la sentenza di primo grado *non è passata in giudicato* per la parte riguardante i benefizi, è evidente che il magistrato d'appello, legittimamente investito del giudizio di omologazione, rimane sostituito al tribunale in tutte le sue facoltà, e, annullando la sentenza per ciò che riguarda l'omologazione, l'annulla di necessità *tutta*, e quindi anche nella parte in cui accorda i benefizi (21).

(20) Come pretenderebbe la Cass. Firenze, 9 ottobre 1884, *Foro*, 1884, 1059.

(21) I risultati della dottrina propugnata nel testo si trovano già sostanzial-

Se il fallito non può impugnare la sentenza che omologando il concordato negò o non accordò i benefici, non possono d'altro canto i creditori impugnare la sentenza di omologazione che accordò i benefici, per la sola parte concernente i benefici: non solo essi mancano d'interesse per far ciò, ma il loro appello è una impossibilità giuridica. Il tribunale, usando delle facoltà concessegli nell'art. 839, non dichiara un fatto già esistente, ma crea una condizione di fatto. Ora l'appello si concepisce come un mezzo diretto a contestare un giudizio sopra un fatto, non come un mezzo per distruggere il fatto che sta a base del giudizio (22).

256. La sentenza che accorda i due benefici dell'art. 839 non produce *immediatamente* che un solo effetto: la *sospensione del procedimento penale* (art. 861_2): ma perchè produca la effettiva cancellazione del nome del debitore dall'albo dei falliti, e la estinzione dell'azione penale, è necessario che il concordato sia *completamente eseguito* e che la completa esecuzione sia accertata con una successiva sentenza del tribunale (art. 839). Se, scaduti i termini per la completa esecuzione del concordato, questo non viene eseguito, anche il procedimento penale sospeso ripiglia senz'altro il suo corso (23), *ipso iure,* e senza bisogno di nessuna pronunzia del magistrato che constati il non adempimento (24). Ciò non significa però che, trascorsi i termini, non sia più possibile, colla completa esecuzione del concordato, di ottenere che la sentenza concedente i benefici consegua il suo effetto. Lo si è sostenuto affermando che la sentenza di omologazione non accorda in tutti i casi i benefici

---

mente in una *nota* del **Bolaffio**, *Foro*, 1885, 372 e seg. — Ma la maggioranza degli autori, che tratta la questione unicamente dal punto di vista dell'articolo 913, è per l'appellabilità: v. **Guariglia**, *Concord.*, pag. 253; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8576; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 292; — **Malpeli**, *I mezzi d'impugnativa*, pag. 162 e seg.

(22) Nel senso del testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 923; — e la giurisprudenza: A. Venezia, 14 gennaio 1887, *Temi ven.*, 1887, 65; — A. Venezia, 15 giugno 1893, *Temi veneta,* 1893, 342; — Cass. Firenze, 1° maggio 1893, *Temi veneta,* 1893, 342.

(23) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 926; — **Vidari**, *Corso*, IX, n. 8570; — Cass. Firenze, 3 aprile 1889, *Temi ven.*, 1889, 486.

(24) Cass. Roma, 11 luglio 1888, *Foro*, 1888, II, 265; — Cass. Torino, 30 giugno 1887, *Mon.,* 1887, 656.

dell'articolo 834 che sotto la condizione sospensiva del completo adempimento degli obblighi portati dal concordato: e che se, allo scadere dei termini, gli obblighi non sono stati adempiuti, la condizione si deve intendere mancata e la concessione dei benefici rimane senza effetto. Ma questo ragionamento ha il grave torto di considerare il *termine* come una *obbligazione,* mentre esso non è che una *modalità dell'obbligazione:* non si può, senza sottilizzare eccessivamente, affermare che una obbligazione adempiuta fuori termine non è mai compiutamente adempiuta, giacchè adempiere l'obbligazione, nel linguaggio del diritto, significa soltanto eseguire compiutamente la prestazione in essa contenuta (25).

257. La sentenza che accerta l'adempimento degli obblighi portati dal concordato è emessa in Camera di consiglio, perchè il giudizio relativo non ammette possibilità di contradittorio (26). L'adempimento degli obblighi si dimostrerà colle quietanze dei creditori ammessi al passivo e di quelli che posteriormente giustificarono i loro crediti: il tribunale non potrà indagare se le quietanze siano state rilasciate in seguito a pagamento o se i creditori siano stati in altro modo tacitati, a patto però che la tacitazione sia *effettiva* e *reale*, non fittizia o formale cioè risultante da semplici dilazioni o novazioni (27).

La sentenza che attesta l'esecuzione completa del concordato non è impugnabile: si tratta di una sentenza non solo *sostanzialmente,* ma anche *processualmente* distinta da quella di omologazione, che perciò non può considerarsi come compresa nella eccezione alla regola dell'inappellabilità che l'art. 913 stabilisce a favore delle sentenze contemplate nell'art. 836: la regola della non impugnabilità delle decisioni in materia di fallimento riprende quì dunque, necessariamente, il suo impero (28).

---

(25) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 927; — Cass. Firenze, 19 giugno 1890, *Foro*, 1890, 705; — A. Lucca, 30 gennaio 1891, *Foro*, 1891, 320; — A. Milano, 18 settembre 1893, *Mon.*, 1894, 374. — Contr. A. Firenze, 12 aprile 1890, *Dir. comm.*, 1890, 536; — A. Firenze, 24 luglio 1890, *Foro*, 1890, 835; — **Vidari**, *Corso*, IX, numero 8561.

(26) V. sopra num. 129.

(27) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 925; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8561.

(28) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8577; — **Bolaffio**, *Temi ven.*, 1883, 482 e 1884, 14; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 294; — **Malpeli**, *I mezzi d'impugnativa*, pa-

258. Accertato l'adempimento degli obblighi portati dal concordato, il nome del fallito viene cancellato dall'albo, e la sentenza dichiarativa di fallimento rimane revocata anche rispetto al procedimento penale. Revocata la sentenza dichiarativa rispetto al procedimento penale, si estingue non solo l'*azione*, ma anche la *condanna* penale. L'art. 861_2 stabilisce, è vero, che se il tribunale colla sentenza di omologazione del concordato dichiari rivocata la sentenza dichiarativa del fallimento, il procedimento penale per bancarotta semplice rimane sospeso e, col completo adempimento delle obbligazioni assunte nel concordato, l'*azione penale rimane estinta,* ma tace del caso in cui sia intervenuta condanna. Evidentemente però, revocata la sentenza dichiarativa agli effetti penali, anche la condanna deve rimanere estinta. Infatti: *a*) l'art. 839 parla di *revoca rispetto al procedimento penale*, senza far distinzione fra procedimento *in sede di giudizio* e procedimento *in sede di esecuzione; b*) l'art. 861 stesso parla di *sospensione del procedimento,* comprendendo sicuramente in questo termine anche il *procedimento di esecuzione:* nè si può ammettere che la semplice concessione dei benefici faccia sospendere il procedimento esecutivo, se poi l'accertamento della completa esecuzione del concordato non debba farlo cessare; *c*) non bisogna dare eccessiva importanza alla frase " estinzione dell'azione „ adoperata dall'art. 861_2 perchè la distinzione fra *estinzione dell'azione* ed *estinzione della condanna penale* è propria della terminologia del nuovo Codice penale (lib. I, tit. IX); mentre il Codice sardo (lib. I, tit. III), sotto l'impero del quale il Codice di commercio vigente fu promulgato, parlava solamente di *estinzione del reato e della pena;* e perciò, quando il Codice di commercio andò in vigore, sotto l'espressione generica di " estinzione dell'azione „ si poteva benissimo comprendere tanto l'estinzione del reato, quanto l'estinzione della pena; *d*) anche nel Codice penale vigente è principio generale che *tutte le cause di estinzione dell'azione pei delitti, sono anche causa di estinzione della condanna* (cfr. art. 85, 86, 88, 91, 95).

Si oppone che intervenuta la condanna penale, questa non può essere distrutta dalla decisione del giudice commerciale, altrimenti si avrebbe contraddittorietà di giudicati. È facile rispondere che

---

gina 181; — A. Venezia, 20 settembre 1883, *Temi ven.*, 1883, 482. — Contr. Cassazione Firenze, 19 novembre 1883, *Foro,* 1884, 161; — A. Casale, 1° luglio 1889, *Mon.*, 1889, 627.

la pronunzia del giudice commerciale non rescinde il giudicato penale: ma ne paralizza la esecuzione. Violazione della cosa giudicata non si ha, perchè l'oggetto della pronunzia del giudice commerciale è ben differente da quello del giudice penale; nè la pronunzia consiste nella assoluzione di un imputato che una sentenza penale irrevocabile ha condannato. Si tratta invece dell'esercizio di un potere affatto speciale che la legge attribuisce al giudice commerciale in sede di omologazione, somigliante assai ad un diritto di grazia, che non tocca la condanna come dichiarazione giudiziale, ma fa cessare l'esecuzione della condanna e tutti gli effetti penali di essa. È il caso identico dell'amnistia, la quale, ove l'azione penale non sia ancora in moto, ovvero il procedimento si trovi in corso, estingue l'azione penale; ove, al contrario, l'azione penale siasi esaurita colla sentenza di condanna, per ragioni di logica e di coerenza ne fa cessare l'esecuzione e tutti gli effetti penali (art. 86 Cod. pen.) (29).

259. La revoca della sentenza dichiarativa anche rispetto al procedimento penale non può riguardare che il procedimento per bancarotta semplice, in nessun caso quello per bancarotta fraudolenta. Se l'art. 839 non fa distinzione, e si limita a dar facoltà al tribunale di revocare la sentenza dichiarativa *rispetto al procedimento penale*, l'art. 851, che disciplina appunto gli *effetti* di questa revoca sul procedimento per bancarotta in corso, stabilisce assai chiaramente che tali effetti si limitano al procedimento per bancarotta *semplice* (30). La lettura di tutto l'articolo, il quale si oc-

(29) Cfr. **Lucchini**, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899, num. 408. — La soluzione propugnata nel testo è accolta dalla Cass. Torino, 14 luglio 1887, *Filangieri*, 1887, 735; — 2 marzo 1887, *Filangieri*, 1888, 679; — e 11 aprile 1889, *Mon.*, 1889, 619; — dal **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 921; — e dal **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 289.

(30) Ciò non significa però che non si possano concedere i benefizi dell'articolo 839 ai falliti concordatari contro cui penda procedimento penale per bancarotta fraudolenta. Sarebbe questo un aggiungere alla legge, la quale, se nello art. 861 restringe gli *effetti* del beneficio al procedimento per bancarotta semplice, nell'art. 839, che si occupa della *concessione* dei benefizi, non fa alcuna differenza tra fallito contro cui penda processo per bancarotta semplice e fallito contro cui penda processo per bancarotta fraudolenta. Nè ragionevolmente avrebbe potuto farla: l'essere *pendente* un processo per bancarotta fraudolenta non significa ancora che l'imputato sia *colpevole* di questo reato, poichè la col-

cupa delle penalità comminate per i due reati e degli altri effetti penali che ne conseguono, già di per sè persuade ad escludere dagli effetti della revoca la bancarotta fraudolenta. Ecco, integralmente trascritto, l'art. 861:

" I reati di bancarotta semplice sono puniti col carcere da sei mesi a due anni. Nei casi preveduti dall'art. 857, la pena può essere diminuita sino ad un mese.

" Se il tribunale colla sentenza di omologazione del concordato dichiari, secondo le disposizioni dell'art. 839, rivocata la sentenza dichiarativa del fallimento, *il procedimento penale per bancarotta semplice rimane sospeso e col completo adempimento delle obbligazioni assunte nel concordato l'azione penale rimane estinta.*

" I reati di bancarotta fraudolenta sono puniti colla reclusione e nei casi più gravi coi lavori forzati a tempo.

" Le pene indicate in questo articolo devono sempre essere applicate nel *maximum* contro coloro che hanno esercitato abitualmente la professione di mediatore.

" Il condannato per reato di bancarotta è inoltre inabilitato al-

---

pevolezza non è accertata, se non quando la sentenza di condanna è passata in cosa giudicata. Ora, perchè impedire al fallito di ottenere i benefizi, solo perchè contro di lui pende una accusa che potrà poi chiarirsi infondata? E si noti che in tal modo gli si preclude *definitivamente* la via alla riabilitazione, giacchè, omologato il concordato, la concessione dei benefizi non è più possibile. Trasformare un *accusato* in *colpevole* è quanto di più iniquo e contrario alla natura del processo penale (che si fonda sulla presunzione di *innocenza* dell'imputato) possa immaginarsi. I benefizi dunque potranno concedersi; ma se sopravviene la condanna (caso poco probabile perchè difficilmente il tribunale civile li concederà al fallito contro cui pesino indizi gravi di colpabilità in un reato di bancarotta fraudolenta), resteranno *completamente* senza effetto. Dico *completamente*, giacchè in seguito alla condanna il fallito è inabilitato all'esercizio della professione di commerciante e non può avere *ingresso nelle Borse di commercio* (art. 861_5): non può essere tutore, protutore, e membro di consiglio di famiglia o di tutela (art. 269, num. 2, Cod. civ.): non può essere nè elettore, nè eleggibile, sia nelle elezioni politiche (art. 86, num. 2, legge elettorale politica): sia nelle elezioni amministrative (art. 30, lett. *f*, legge com. e prov., corrispondentemente art. 22, testo unico del 1898): non può essere elettore nè eleggibile alle Camere di commercio (art. 12, legge 6 luglio 1862): non può essere giurato (art. 8, leggè 8 giugno 1874), nè conciliatore o vice-conciliatore (art. 5, legge 16 giugno 1892), ecc. Resterebbe la semplice e materiale cancellazione del nome dall'albo dei falliti. Il che rappresenta certo una anomalia che il legislatore avrebbe potuto evitare, stabilendo che la concessione dei benefizi deve essere sospesa, quando penda procedimento per bancarotta fraudolenta, fino

l'esercizio della professione di commerciante e non può avere ingresso nelle Borse di commercio „.

Basta la collocazione dell'art. 861_8 nel contesto dell'articolo, e il riavvicinamento di questa disposizione con quella dell'art. 839 perchè la esclusione della bancarotta fraudolenta dagli effetti della revoca della sentenza dichiarativa riesca evidente. L'art. 839 disciplina soltanto la *concessione* dei benefici: stabilisce chi può concederli e con quali facoltà: quando si possano concedere, e con quale pronunzia si debbano concedere: a quali condizioni debba essere sottoposta la concessione. Ma degli *effetti* della concessione non dice verbo. Che l'ordine di cancellare il nome del fallito dall'albo importi riammissione nelle borse, riacquisto delle capacità elettorali e civili, lo si desume da altre disposizioni del Codice civile e di leggi speciali: non dall'art. 839 che si limita a disciplinare la cessazione delle incapacità e decadenze nel suo momento *statico,* non nel suo momento *dinamico.* Altrettanto può e deve dirsi della revoca della sentenza dichiarativa rispetto al procedimento penale. Non è nell'art. 839 che dobbiamo ricercare la *portata* e gli

---

all'esito del procedimento stesso. Ma non avendolo fatto, non può per questo l'interprete supplirvi, aggiungendo alla legge una disposizione ingiusta e contraria al sistema del nostro diritto processuale penale. Vedi in questo senso: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 111. — Contr. **Bolaffio**, *Comm.*, num. 46, pag. 97 e seg., il quale invoca le disposizioni dell'art. 861_5 Cod. comm., e 14, num. 1 del *Regolamento* per la esecuzione del Codice di commercio. Ma l'art. 861_5 stabilendo espressamente che il condannato per bancarotta fraudolenta non può avere ingresso nelle Borse di commercio, lungi dall'infirmare, avvalora la nostra interpretazione. Se la pendenza di un procedimento per bancarotta fraudolenta impedisse la *concessione* dei benefizi e rendesse impossibile la cancellazione del nome dall'albo, perchè mai avrebbe il legislatore sentito il bisogno di sancire espressamente una disposizione di questo genere? Sarebbe stato perfettamente inutile, perchè per il bancarottiere non concordatario già provvedeva l'art. 816, il quale stabilisce che la cancellazione dall'albo e, per conseguenza, l'ammissione alla borsa (art. 697_2), non è possibile per il bancarottiere fraudolento. Se la legge ha sentito il bisogno di escludere dalle borse il bancarottiere fraudolento concordatario, è perchè altrimenti vi sarebbe stato ammesso. Nè dall'esclusione dalla borsa si può argomentare la non cancellazione dall'albo. Per l'art. 14 *Regol. esec.*, l'iscrizione nell'albo importa di regola esclusione dalla borsa: ma ciò non significa che chi è escluso dalla borsa debba essere necessariamente iscritto nell'albo. Tanto più che vi sono eccezionalmente anche casi in cui si è iscritti nell'albo e si può entrare nella borsa (esempio: il fallito che ha ottenuto la moratoria: art. 14, ult. cap., *Regol. esec.*).

effetti di questa revoca. L'art. 839 si limita a disciplinare le *condizioni e il modo di concessione* della revoca: circa gli *effetti* di essa dispone solo, ed opportunamente, il Codice nel titolo della *bancarotta*. Ma leggendo l'art. 861 destinato a questo scopo, non è difficile persuadersi che quegli effetti la legge ha voluto *limitati alla bancarotta semplice*. La legge, dopo avere enumerate le varie ipotesi di bancarotta semplice e fraudolenta, viene, nell'art. 861, a fissarne la penalità e a stabilire gli effetti che dalla condanna derivano. E, come è ben naturale, si occupa distintamente della bancarotta semplice e della fraudolenta, destinando alla prima il principio e il primo capoverso dell'articolo, alla seconda i capoversi secondo, terzo, e quarto. Ora, se soltanto a proposito della bancarotta semplice la legge ha stabilito che la revoca della sentenza dichiarativa produce, prima, la sospensione del procedimento, e poi, la completa estinzione dell'azione, è evidente che la revoca della sentenza dichiarativa è impotente ad estinguere l'azione del procedimento per bancarotta dolosa. Non si deve dimenticare che il principio generale accolto dalla nostra legislazione è la piena indipendenza dei due procedimenti civile e penale e che per espressa disposizione di legge, da questa regola non sono eccettuate che " *le disposizioni dell'art. 839 e del primo capoverso dell'art. 861* (art. 696). Ora, poichè l'art. 839 non regola che *il modo e le condizioni*, con cui la eccezione può aver vita, ma è l'art. 861 esclusivamente che ne disciplina gli effetti, *il richiamo espresso dell'art. 696 al primo capoverso dell'art. 861, significa che l'eccezione non può operare che entro i limiti d'applicazione di questo capoverso e cioè solo rispetto alla bancarotta semplice* (31).

A questa interpretazione rigorosa della legge altre se ne sono opposte, per estendere anche al procedimento per bancarotta fraudolenta gli effetti della revoca della sentenza dichiarativa. Un penalista illustre ha sostenuto che da un confronto tra l'art. 839 e l'861 si può desumere essere stata intenzione del legislatore di istituire tre diverse categorie di benefizi che il giudice commerciale può concedere al fallito: vale a dire: 1° la cancellazione

(31) L'intenzione di limitare gli effetti dei benefizi al procedimento per bancarotta semplice, risulta in qualche modo (non però così chiaramente come si vorrebbe da alcuno) dai lavori preparatorî. V. *Atti della Commissione*, III, numeri 933 e 948, verb. CLVIII e CLXI.

dall'albo; 2° la revoca della sentenza dichiarativa; 3° la revoca della sentenza dichiarativa *rispetto al procedimento penale*. L'art. 861 si occuperebbe solo degli effetti della semplice revoca della sentenza dichiarativa, come risulta dalla locuzione della legge, che non parla di revoca *rispetto al procedimento penale* (art. 861), ma solo di *revoca della sentenza dichiarativa*. Donde il principio che la revoca della sentenza dichiarativa sospende prima, ed estingue dopo l'azione penale *per bancarotta semplice:* mentre per ottenere l'estinzione dell'azione per bancarotta fraudolenta occorre qualche cosa di più: la revoca della sentenza dichiarativa rispetto *al procedimento penale* (32). — Ma questa interpretazione, che si basa tutta sul fatto che l'art. 861_2 non riproduce integralmente la locuzione dell'art. 839: " revoca della sentenza dichiarativa *rispetto al procedimento penale* ", è assolutamente insostenibile. Infatti: 1° l'art. 861_2 espressamente si riferisce all'art. 839: esso non si limita a parlare di *revoca della sentenza dichiarativa*, ma di *revoca della sentenza dichiarativa secondo l'art. 839*. Ora nell'art. 839 si parla solo di *revoca della sentenza dichiarativa anche rispetto al procedimento penale:* onde è forza concludere che solo ed appunto di questa revoca si è voluto occupare l'art. 861_2. Questa perfetta corrispondenza tra l'art. 839 e l'art. 861 deriva da ciò che, mentre nel primo si disciplina la *concessione della revoca della sentenza dichiarativa rispetto al procedimento penale*, nel secondo si stabiliscono gli *effetti della revoca stessa;* 2° non si comprende come e perchè la semplice *revoca della sentenza dichiarativa*, e quindi *non rispetto al procedimento penale* (in contrapposto alla revoca *rispetto al procedimento penale*), produca, viceversa, prima la sospensione, e poi, la fine al *procedimento penale;* giacchè il procedimento per bancarotta semplice non è meno procedimento *penale* di quello per bancarotta fraudolenta; 3° la legge in nessun luogo parla di una semplice *revoca della sentenza dichiarativa*, in contrapposto alla *revoca della sentenza dichiarativa rispetto al procedimento penale*, e alla *cancellazione dall'albo*. L'art. 839, invece, dopo aver detto che il tribunale può ordinare la cancellazione dall'albo, aggiunge che può altresì ordinare la revoca della sentenza dichiarativa *anche* rispetto al procedimento penale, facendo così intendere che la semplice *revoca della sentenza dichiarativa*, cioè la revoca *agli effetti civili*, si ha, quando il tri-

(32) **Pessina**, nel *Dir. e Giur.*, III, 169 e seg.

bunale ordina la cancellazione del nome dall'albo. Se nella prima parte dell'articolo, in cui si tratta appunto della cancellazione dall'albo, non si fosse già parlato di revoca della sentenza dichiarativa, non si comprenderebbe l'avverbio *anche* usato nella seconda parte, che si occupa della revoca *rispetto al procedimento penale.*

Si è sostenuto anche che l'art. 861_2 si è occupato solo del caso in cui, essendo stata l'azione penale per bancarotta promossa *ex officio* prima della sentenza dichiarativa, sia poscia sopravvenuto un concordato e il tribunale abbia concesso i benefici di legge. In questo caso, eccezionalmente, la revoca della sentenza dichiarativa rispetto al procedimento penale, produrrebbe l'estinzione dell'azione iniziata *ex officio:* ma la produrrebbe solo nel caso di procedimento per *bancarotta semplice.* Quando invece l'azione penale fosse stata iniziata per virtù della dichiarazione di fallimento, la revoca della sentenza dichiarativa del fallimento rispetto al procedimento penale importerebbe, di necessità, cessazione del procedimento penale tanto per bancarotta semplice quanto per bancarotta fraudolenta (33). — Ma questa distinzione tra inizio dell'azione *ex officio* ed inizio per virtù della dichiarazione di fallimento, fatta per dare un più largo effetto alla revoca della sentenza dichiarativa, si basa sul grosso errore che l'azione penale per bancarotta, nel caso di dichiarazione di fallimento, dipenda, non già dal fatto che, per la legge, costituisce il reato di bancarotta, ma direttamente dalla sentenza dichiarativa. Ora la sentenza dichiarativa può costituire una *condizione di procedibilità dell'azione*, ma non è *il fatto generatore dell'azione*, nello stesso modo con cui, nei reati perseguibili a querela di parte, ciò che dà vita all'azione è il *reato*, non la *querela* dell'offeso. È vero che, per l'art. 694, appena pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento, il procuratore del Re deve promuovere in tutti i casi gli atti d'istruttoria necessari a conoscere se vi sia materia di procedimento penale. Ma ciò non significa nè può significare che il Procuratore del Re debba esercitare l'azione penale, la quale non deriva nè dallo stato di fallimento nè dalla sua dichiarazione, ma da quei fatti che incarnano la figura del reato di bancarotta. La legge nell'art. 694 dice semplicemente che il P. M. deve promuovere gli atti di polizia giudiziaria occorrenti per vedere se vi sono o non le traccie di un reato: l'azione penale

(33) **Adinolfi**, nella *Gazz. del procur.*, XXI, 357 e seg.

sarà esercitata solo quando si sono trovati indizi sufficienti che accanto allo stato di fallimento esistano fatti costituenti per legge il reato di bancarotta.

Si è sostenuto ancora che la sede naturale dove si disciplinano gli effetti dei benefici è l'art. 839, dove è detto che il giudice commerciale può ordinare la revoca della sentenza dichiarativa, anche agli effetti del procedimento penale, senza distinguere tra procedimento per bancarotta semplice e procedimento per bancarotta fraudolenta. Che se l'art. 861_2 si occupa solo degli effetti della revoca sul procedimento per bancarotta semplice, è perchè, mentre, rispetto a questo, la semplice dichiarazione di revoca del tribunale vale a *sospendere* il procedimento, rispetto al procedimento per bancarotta fraudolenta la sola concessione della revoca non è operativa, ma occorre che mediante sentenza sia accertato il completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato (34). — Questa interpretazione ha il difetto di aggiungere alla legge, perchè non è vero che l'art. 839 disciplini gli *effetti* della revoca, mentre ne disciplina solo la *concessione;* nè l'art. 861, che si occupa appunto degli effetti, stabilisce nulla riguardo all' azione per bancarotta fraudolenta. D'altro canto, se fosse vero che già l'art. 839 avesse autorizzato il giudice a far cessare mediante la revoca della sentenza dichiarativa e il procedimento per bancarotta semplice e quello per bancarotta fraudolenta, che bisogno avrebbe avuto la legge di stabilire, nell'art. 861, che il procedimento penale per bancarotta semplice rimane estinto col completo adempimento delle obbligazioni assunte nel concordato? (35).

---

(34) **Alfani**, *Sull'azione penale nel reato di bancarotta*, Napoli, 1887, pag. 33; — e nel *Dig. ital.*, voce *Bancarotta*, num. 164.

(35) La opinione difesa nel testo è seguita dalla maggioranza degli autori e dalla più autorevole giurisprudenza: v. **Bolaffio**, *Comm.*, num. 45, pag. 93 e seg.; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8572; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 247; — **Masucci**, nel *Dir. e giurispr.*, III, pag. 289 e seg.; — **Castori**, nell'*Arch. giur.*, XLI, pag. 379; — **Carfora**, *Del reato di bancarotta*, Napoli, 1889, pag. 171; — **Musè-Dari**, *Comm.*, pag. 293; — **Longhi**, *La bancarotta*, Milano, 1897, num. 114; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 920; — Cass. Roma, 19 settembre 1889, *Foro*, 1890, II, 159; — A. Torino, 6 febbraio 1886, *La giurispr.*, 1886, 219; — Cass. Napoli, 5 gennaio 1887, II, 197; — Cass. Torino, 15 settembre 1887, *Filangieri*, 1888, 170; — A. Aquila, 18 marzo 1889, *Mon.*, 1889, 675; — A. Palermo, 3 dicembre 1889, *Circ. giur.*, 1889, 184; — Cass. Roma, 10 gennaio 1890, *Mon.*, 1890, 593; — Cass. Roma, 16 gennaio 1891, *Foro*, 1891, II, 128; — Cass. Roma, 24 luglio

§ 3. — Effetti del concordato stipulato all'estero.

Sommario: 260. Varie opinioni sugli effetti del concordato straniero. — 261. Nostra opinione. — 262. Applicazione del principio adottato alle legislazioni dei varî Stati. — 263. Applicazione alla legislazione italiana.

260. La disputa, che tiene da lunghi anni divisi i cultori del diritto internazionale circa la *unicità* o la *pluralità* del fallimento nei rapporti internazionali, si fa più viva e più feconda di soluzioni svariate a proposito del *concordato straniero*. Intorno agli effetti del concordato stipulato all'estero, non meno di cinque opinioni si dividono il campo della dottrina e della giurisprudenza:

a) *Prima opinione*. Per alcuni autori, la fine del fallimento, come la sua apertura, non concerne che i beni posti nello Stato, dove la sentenza dichiarativa fu pronunciata. La rimessione concordataria è fatta ai valori sequestrati, e non a quelli posti in uno Stato diverso; perciò nulla può impedire ai creditori di ottenere, anche dopo il concordato, il pagamento integrale dei loro crediti, sui beni posti in uno Stato diverso (1).

b) *Seconda opinione*. Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti in Italia, la sentenza estera dichiarativa del fallimento, e tutte le decisioni emanate durante la procedura fallimentare, hanno *autorità* nel Regno, anche quando non è seguìto il giudizio di delibazione: questo essendo necessario solo quando si pretenda di

---

1894, *Corte suprema*, 1894, 1053; — Cass. Roma, 17 luglio 1900, *Dir. comm.*, 1900, 981. — Contr., oltre agli autori combattuti nel testo (**Pessina**, **Adinolfi**, **Alfani**, op. e luoghi rispettivamente citati): **Cavo**, *Concord.*, num. 97; — A. Catania, 16 aprile 1887, *Giurisprudenza* di Catania, 1887, 71; — Cass. Palermo, 18 novembre 1887, *Foro*, 1888, 110; — Cass. Palermo, 9 luglio 1889, *Giurispr. ital.*, 1889, 138; — A. Palermo, 13 novembre 1890, *Circ. giur.*, 1891, 16.

(1) **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 65; — **Massè**, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, I, num. 613; — II, num. 128; — **Thaller**, *Faill.*, II, num. 235, pag. 377; — **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 637 e seg. Quest'ultimo nega ogni possibilità che il concordato straniero abbia efficacia in Germania, in base ad una interpretazione letterale del § 328 C. P. O., il quale ammette l'*exequatur* in Germania (sotto condizione di reciprocità) per le *sentenze* straniere, mentre — si afferma — nel caso della sentenza omologatrice del concordato si ha una *ordinanza* e non una *sentenza*.

procedere, in base al giudicato estero, ad atti di *materiale esecuzione* (2). E per conseguenza anche il concordato stipulato all'estero ed omologato da un tribunale straniero spiegherà la sua efficacia obbligatoria non solo di fronte agli assenzienti, ma anche di fronte ai non assenzienti, perchè il debitore che invoca il concordato per resistere alle pretese di integrale pagamento, non si serve della sentenza estera per fare atti di materiale esecuzione, ma la produce solo in quanto è un documento che constata la esistenza e la validità del concordato (3).

c) *Terza opinione*. Il concordato stipulato ed omologato all'estero può spiegare efficacia in un altro Stato, quando la sentenza di omologazione abbia ottenuto l'*exequatur* dall'autorità giudiziaria del luogo, dove lo si vuol far valere (4).

d) *Quarta opinione*. Il concordato obbliga all'estero anche senza *exequatur* i creditori che vi hanno aderito, rispetto ai quali è un contratto, ma non quelli che non vi hanno aderito (5).

---

(2) **Carle** e **Dubois**, *La faillite dans le droit international privé*, Paris, 1875, pag. 29 e seg.; — **Fiore**, *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, Pisa, 1873, pag. 23 e seg.; — **De Rossi**, *La esecuzione delle sentenze e degli atti esteri*, 2ª ed., Livorno, 1890, pag. 157 e seg.; — **Fusinato**, nel *Foro it.*, 1890, 359 e seg.; — **Mattirolo**, *Tratt. di diritto giudiziario civile*, 4ª ed., VI, num. 1179; — A. Brescia, 1° ottobre 1871, *Ann.*, 1872, II, 575; — Cass. Torino, 29 aprile 1871, *La giurisprudenza*, 1871, 457; — A. Roma, 15 giugno 1882, *Legge*, 1887, I, 51; — A. Genova, 11 febbraio 1886, *Legge*, 1887, I, 50; — A. Genova, 25 marzo 1892, *Filangieri*, 1892, 553; — A. Genova, 25 agosto 1893, *Legge*, 1893, II, 485; — A. Milano, 14 dicembre 1891, *Filangieri*, 1892, II, 285. — Contr. **Gabba**, *Giur. it.*, 1892, II, 200; — Cass. Torino, 13 aprile 1867, *La giurispr.*, 1867, 289; — A. Genova, 11 febbraio 1886, *Eco di giurisprudenza commerciale*, 1886, 49; — A. Genova, 25 ottobre 1891, *Giur. it.*, 1891, II, 200.

(3) Cfr. **Fiore**, *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, pag. 98; — **Carle** e **Dubois**, *La faillite*, num. 52, pag. 83 e seg.; — A. Genova, 9 aprile 1888, *Eco di giurispr. comm.*, 1888, 129; — A. Genova, 25 agosto 1893, *Legge*, 1893, II, 485; — Cass. belga, 23 maggio 1889, *Journ. du droit international privé*, XVI, pag. 891.

(4) **Lainné**, *Examen détaillé et par articles du projet de loi sur les faillites et banqueroutes*, Paris, 1835, sull'art. 516; — **Rocco**, *Dell'uso e autorità delle leggi straniere nel Regno delle due Sicilie*, Napoli, 1859, II, pag. 248 e seg.; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 520.

(5) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 328 e seg.; — **Asser** e **Rivier**, *Éléments de droit international privé*, num. 125; — Trib. Senna, 18 luglio 1884, *Journ. des faill.*, 1884, 605; — Trib. Senna, 26 febbraio 1886, *Journ. des faill.*, 1886, 665; — Trib. comm. Senna, 6 marzo 1886, *Journ. des faill.*, 1887, 237.

e) *Quinta opinione.* Il concordato ha efficacia all'estero, in quanto fornisce al debitore una eccezione contro il creditore reclamante l'intero; ma ha bisogno dell'*exequatur*, per i creditori che reclamano i dividendi concordatari (6).

261. In tanta varietà di opinioni, non deve perdersi di vista la natura prettamente contrattuale del concordato: il quale non attinge la sua forza obbligatoria nè per gli assenzienti, nè per i non assenzienti, dalla sentenza di omologazione, ma dal contratto passato tra il fallito e la collettività dei creditori. Deve quindi respingersi l'opinione che distingue il caso in cui il debitore oppone il concordato stipulato all'estero al creditore reclamante l'intero, dal caso, in cui il creditore domanda la percentuale concordataria, per affermare la necessità dell'*exequatur* in questo ultimo e negarla nel primo. Nè l'eccezione del debitore nè l'azione del creditore si fondano sulla sentenza di omologazione; anzi il diritto alla percentuale non dipende neppure dal concordato che non ha efficacia novatrice, ma dal titolo di credito originario. La sentenza di omologa non riconosce validità, nè dà forza esecutiva ai crediti sottoposti al concordato, i quali, se mai, attingono forza esecutiva dalla sentenza che li ammette definitivamente al passivo, non mai dalla sentenza di omologa. — Per la stessa ragione non possono accogliersi le altre due opinioni, l'una delle quali vuole che la sentenza di omologa, ottenga l'*exequatur* perchè possa spiegare efficacia extraterritoriale tanto rispetto ai creditori assenzienti, quanto rispetto ai non assenzienti: l'altra delle quali esige l'*exequatur* solo perchè il concordato possa spiegare efficacia rispetto ai creditori dissenzienti. Anche queste dottrine partono dal presupposto, per noi completamente erroneo, che l'obbligo degli assenzienti, o anche soltanto quello dei dissenzienti, derivi dalla sentenza di omologazione: che sia la sentenza quella che crea le obbligazioni del concordato. Ammesso invece che le rinunzie dei creditori derivino dal contratto passato tra il fallito e la massa, vien meno la necessità dell'*exequatur* perchè il debitore possa far valere l'eccezione che gli fornisce il concordato stipulato all'estero; nessuno ha mai preteso che i contratti stipulati all' estero abbiano bisogno dell'*exequatur* per spiegare efficacia *extraterritoriale*!

---

(6) **Dubois** sur **Carle**, *La faillite,* nota 116.

Meno lontane dal vero terreno della questione non sono che le due dottrine estreme: quella che nega ogni efficacia extraterritoriale al concordato: e quella che l'ammette senza neppur sottoporla alla condizione che la sentenza omologativa ottenga l'*exequatur*. Posto che la forza obbligatoria del concordato deriva dal contratto intervenuto tra il fallito e la massa dei creditori, posto che — come contratto stipulato dalla collettività nell'assemblea deliberante a maggioranza — tutti i creditori componenti la massa, assenzienti o non assenzienti, vi sono legati, quello che resta a risolvere, nei rapporti internazionali, è il problema seguente. Si tratta di sapere se *la sentenza dichiarativa di fallimento, pronunciata in uno Stato, riunisca in collettività i creditori, non solo agli effetti dei loro diritti sui beni posti nel territorio, ma anche riguardo ai loro diritti sui beni del fallito posti in territorio straniero.* È chiaro, che se si nega qualunque efficacia extraterritoriale alla sentenza dichiarativa del fallimento, si deve negare che la riunione dei creditori in collettività possa operare all'infuori del territorio dello Stato, dove la sentenza dichiarativa fu emessa e, quindi, che il concordato stipulato tra il fallito e la massa, possa, *come tale* (7), avere efficacia all'estero. Se invece si ammette che la sentenza dichiarativa abbia efficacia extraterritoriale, si deve ammettere che la riunione dei creditori in massa, e quindi il concordato, operi anche all'infuori dello Stato dove si è svolta la procedura di fallimento. Non si può dunque isolare il concordato dalla procedura di fallimento, perchè in tanto un concordato di maggioranza è possibile ed efficace, in quanto è operativa ed efficace la dichiarazione di fallimento. Nessun *exequatur* concesso alla sentenza di omologazione potrebbe rendere efficace il concordato straniero, quando già non fosse efficace la sentenza dichiarativa straniera del fallimento: ed al contrario, di nessun *exequatur* ha bisogno la sentenza di omologazione, quando già la sentenza dichiarativa è riconosciuta extraterritorialmente efficace.

---

(7) Diciamo *come tale*, perchè potrebbe forse ammettersi che abbia efficacia come contratto tra i *creditori che vi aderirono* uti singuli *e il fallito*. Ma noi propendiamo a credere che, accettata questa dottrina, neppure nei rapporti degli assenzienti possa riconoscersi efficacia al concordato stipulato all'estero, perchè questi non assentirono *uti singuli*, ma come membri della collettività e non hanno aderito, se non in quanto tutti i creditori sono legati al contratto.

Posta per tal modo la questione nei suoi termini esatti, l'efficacia extraterritoriale del concordato diviene indissolubilmente connessa alla efficacia extraterritoriale della sentenza dichiarativa. La soluzione del nostro problema dipende dunque dalla efficacia che le varie legislazioni ed i trattati internazionali attribuiscono alle sentenze straniere in genere ed a quelle dichiarative di fallimento in ispecie, con questa avvertenza, che la sentenza dichiarativa di fallimento non può considerarsi in sè come un *atto di esecuzione*, sebbene apra un procedimento che *darà luogo ad atti di esecuzione*. La quale osservazione è particolarmente importante quando nelle leggi o nei trattati la *esecuzione* delle sentenze straniere viene subordinata ad un giudizio di *delibazione* o di *revisione*. Dell'*exequatur* la sentenza straniera avendo bisogno solo perchè siano resi possibili gli atti di *materiale esecuzione*, non già perchè le sia riconosciuta la efficacia di atto *dichiarativo* di un diritto, la sentenza dichiarativa del fallimento non abbisogna di *exequatur* per produrre effetti *extraterritoriali* che non si risolvano in *atti esecutivi* (8).

262. Questi i principî, le cui applicazioni dipendono dalle disposizioni positive delle diverse legislazioni e dei trattati internazionali. Prescindendo da questi ultimi, che modificano in varia guisa le disposizioni di diritto interno dei varî Stati, i sistemi legislativi vigenti circa l'efficacia delle sentenze straniere si possono ridurre a cinque (9), le conseguenze dei quali rispetto agli effetti del concordato straniero sono le seguenti:

a) Negli Stati, i quali disconoscono qualunque valore alla sentenza straniera (Norvegia, Svezia, Danimarca, Paesi Bassi, Serbia, Russia) nessuna efficacia è riconosciuta anche alla sentenza dichiarativa di fallimento e non si può parlare di effetti del concordato straniero. Un contratto stipulato da una collettività, la cui esistenza non è riconosciuta, non può avere alcun valore giuridico in questi paesi.

b) Negli Stati, che, pur attribuendo alla sentenza straniera il valore di una *prova*, non le riconoscono alcuna efficacia come *sentenza* (Inghilterra, Stati Uniti), è sempre il principio dei fallimenti

---

(8) V. in questo senso ottimamente: **Bonelli**, *Comm.*, num. 75.

(9) **Levi-Catellani**, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, Torino, 1885-1888, III, num. 807 e seg.

multipli che ha vigore, e si deve per conseguenza negare efficacia al concordato stipulato all'estero.

c) Negli Stati, che non negano efficacia alla sentenza straniera, ma ne subordinano l'*esecuzione* ad un giudizio *di revisione* (Francia, Belgio), gli effetti *dichiarativi* della sentenza producendosi indipendentemente dal giudizio di revisione, non si può, a rigore, negare efficacia alla dichiarazione di fallimento straniera ed al concordato concluso in estero Stato (10).

d) Alla stessa soluzione deve pervenire la legislazione di quegli Stati che subordinano l'*esecuzione:* 1° al giudizio di revisione; 2° alla *reciprocità,* rispetto ai concordati conclusi negli Stati che riconoscano egual valore alle loro sentenze (Rumania, Spagna, Argentina, Brasile, Austria, Ungheria). Fa eccezione la Germania, che mentre non attribuisce alla sentenza dichiarativa di fallimento straniera altro valore che quello di una *prova della insolvenza* (11), non ammette a produrre effetti (*dichiarativi* ed *esecutivi*) in Germania le sentenze straniere, sotto condizione di reciprocità, se non sono *sentenze* nel senso della *Civilprozessordnung*. Ma la dottrina tedesca nega appunto alla sentenza dichiarativa di fallimento la qualità di sentenza, e la esclude per conseguenza, dal novero di quelle che possono avere efficacia ed esecuzione in Germania (12). Non si può adunque neanche parlare di efficacia di un concordato straniero.

e) Riserviamo per ultimo il sistema liberale accolto dal legislatore italiano, e seguìto da poche altre legislazioni (San Marino, Portogallo), che richiede qualche maggiore spiegazione.

263. Per gli art. 10 delle disp. prel. al Cod. civ. e 841 Codice proc. civ., la sentenza straniera è riconosciuta in Italia *come tale* ed è ammessa sotto certe condizioni, e nei più larghi limiti possibili, alla *esecuzione* nello Stato (giudizio di semplice *delibazione*).

---

(10) Diciamo *a rigore*, perchè non sempre nè da tutti, in Francia, si ammette la efficacia *dichiarativa* della sentenza straniera, prescindendo dal giudizio di revisione. Cfr. **Levi-Catellani**, *Il diritto internazionale privato*, III, num. 835 e 836.

(11) *Konkursordnung*, §§ 237_1 e 238_3; — Cfr. **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 522, *sub* 4; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pagg. 32 e 33.

(12) **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 32.

La necessità però di un *giudizio di delibazione* è limitata al caso in cui si voglia usare della sentenza straniera come di un *titolo esecutivo* per procedere ad atti di *materiale esecuzione*. Ma quando invece si invochi la efficacia *dichiarativa* della sentenza straniera, in quanto dà luogo alla eccezione di cosa giudicata, annulla certi atti, riconosce uno stato o una condizione giuridica, il preventivo giudizio di delibazione non è necessario (13). Di qui l'assoluta prevalenza in Italia della dottrina che ammette le sentenze straniere di fallimento a produrre nel Regno tutti gli effetti che non si risolvano in atti di esecuzione forzata, per cui sia necessario il braccio della giustizia (14).

Ammessa questa dottrina, la efficacia del concordato stipulato all'estero, è, in Italia, di tutta evidenza. La dichiarazione di fallimento emessa all'estero ha virtù di costituire i creditori in massa rispetto all'esercizio delle azioni creditorie non solo sui beni posti nello Stato dove la dichiarazione è seguìta, ma anche sui beni posti nel Regno. Tanto vero, che le esecuzioni individuali sui beni posti nel Regno sono senz'altro arrestate, quando il fallimento del debitore è stato dichiarato all'estero (15). Ma se la collettività esiste anche in Italia, ne deriva necessariamente che non può disconoscersi in Italia il contratto stipulato all'estero tra la collettività ed il debitore, quando siano osservate le forme richieste dalla legge del luogo, dove il concordato fu stipulato (art. 9 e 10 disp. prel. Cod. civ., 58 Cod. comm.).

---

(13) **Levi-Catellani**, *Il diritto internazionale privato*, III, num. 811; — **Mattirolo**, *Trattato di diritto giudiziario civile*, VI, num. 1177 e 1178; — **Fusinato**, *L'esecuzione delle sentenze straniere*, pag. 121 e seg.; — e la giurisprudenza citata da questi autori.

(14) V. citazioni fatte alla nota 2.

(15) **De Rossi**, *La esecuzione delle sentenze e degli atti esteri*, Livorno, 1890, num. 147; — **Bonelli**, *Comm.*, num. 78, *sub b)*; — e la giurisprudenza citata da questi autori.

CAPITOLO VI.

La risoluzione e l'annullamento.

---

§ 1. — Risoluzione.

Sommario: 264. Natura della risoluzione per inadempimento nel concordato. — 265. Quando vi è inadempimento. — 266. La risoluzione deve essere pronunciata giudizialmente: tribunale competente. — 267. Condizione risolutiva espressa. — 268. Chi può domandare la risoluzione: cessionario e surrogato in seguito a pagamento. — 269. Risoluzione totale: maggioranza necessaria: contradittorio. — 270. Risoluzione parziale. — 271. Impugnabilità della sentenza che pronunzia sulla domanda di risoluzione. — 272. Effetti della risoluzione sulle obbligazioni del fallito. — 273. Le garanzie costituite per il concordato permangono dopo la risoluzione. — 274. Condizione giuridica dei garanti dopo la risoluzione. — 275. Effetti della risoluzione quanto alla procedura di fallimento. — 276. Prescrizione dell'azione di risoluzione.

264. Il concordato, validamente concluso ed omologato dal tribunale, può tuttavia essere risoluto, allorchè il fallito non adempia alle sue obbligazioni, quali risultano dopo le modificazioni contenute nel concordato (art. 843_1) (1). È questa l'applicazione pura e semplice al nostro contratto degli effetti della condizione risolutiva tacita, insita per legge, in ogni contratto bilaterale (art. 1165 Cod. civ.). Una differenza però distingue la condizione risolutiva tacita dell'art. 1165 da quella dell'art. 843 Cod. comm.: la prima è stabilita dalla legge a favore di ciascuno dei contraenti leso dall'inadempimento; la seconda invece, per espressa disposizione dell'art. 843, non è conceduta che ai creditori *contro il fallito*, non al fallito contro i creditori. Può, è vero, immaginarsi qualche caso in cui l'inadempimento

---

(1) La risoluzione per inadempimento, ammessa dal *Code de commerce* (art. 520); dalla legge belga (art. 523); dal Cod. di comm. spagnuolo (art. 906); dalla legge inglese (art. 18, num. 1; e art. 23 della legge del 1883; art. 3 della legge del 1890); dalla legge svizzera (art. 315); è espressamente esclusa solo dalla *Konkursordnung* germanica, § 195. — Ma mentre il Codice italiano conosce una risoluzione individuale ed una collettiva, il Codice francese non conosce che la risoluzione totale, che la domanda di un singolo basta a produrre, e la legge svizzera non conosce che la risoluzione individuale.

dei creditori possa recar danno al debitore, per es., nel caso in cui taluno di essi pretenda ingerirsi nell'amministrazione del patrimonio del fallito affidata ad un terzo, o voglia esercitare un controllo eccessivo sull'amministrazione ripresa dal fallito, sotto certe condizioni determinate nel contratto. Ma il fallito, anche in questi casi, come nel caso in cui qualche creditore pretenda disconoscere le concessioni fatte nel concordato, non avrà alcun *interesse* a chiedere la risoluzione del contratto: a lui basterà poterne ottenere giudizialmente l'esecuzione, o, in mancanza, il risarcimento dei danni. Potrebbe solo dubitarsi se un interesse alla risoluzione del contratto abbia il *fideiussore* intervenuto nel concordato per il fallito, quando con ingerenze non consentite nell'amministrazione del patrimonio confidata ad un terzo, qualche creditore venisse a mettere in pericolo la liquidazione e a rendere più grave la condizione del fideiussore. Ma in questo caso provvede, almeno in parte, l'art. 1928 Cod. civ., che libera il fideiussore anche in solido quando per fatto del creditore non può avere effetto a favore del fideiussore medesimo la surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore. Il fideiussore non essendosi obbligato se non nella fiducia che la liquidazione del patrimonio del fallito si faccia in quel modo determinato, ha diritto di essere liberato quando il creditore compromette la liquidazione, e rende praticamente nullo il suo diritto di surrogazione (2).

Tolta questa differenza, il fondamento, lo scopo e la natura giuridica della condizione risolutiva tacita dell'art. 843 è la stessa di quella dell'art. 1165 Cod. civ. Anche nel concordato, a norma dell'articolo 1165, il creditore ha la scelta o di costringere il debitore all'adempimento, o di domandare lo scioglimento del contratto. Lo si è negato qualche volta dalla giurisprudenza, che ha imposto al creditore di domandare anzitutto la risoluzione del contratto, in caso di inadempimento del fallito (3). Ma l'errore di queste decisioni è evidente. Vietando al creditore di domandare il pagamento, si presuppone di necessità non solo che le antiche obbligazioni si sono estinte col concordato (il che è già contestabile), ma che le

---

(2) Cfr. sul fondamento della disposizione contenuta nell'art. 1928: **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 429, nota 14; — **Zachariä-Crome**, *Handb. d. französischen Civilrechts*, II, § 408, nota 2.

(3) A. Palermo, 7 settembre 1888, *Filangieri*, 1889, 97.

nuove sòrte col concordato sono del tutto sfornite di azione! Una premessa questa, il cui assurdo si rivela al solo enunciarla (4).

265. Si ha inadempimento quando il debitore trascura di eseguire in tutto o anche soltanto in parte il concordato; e perciò tanto nel caso in cui non paghi affatto la percentuale concordataria, quanto nel caso in cui tralasci di pagarne una rata alla scadenza pattuita, quanto nel caso infine in cui non adempia alle altre obbligazioni accessorie assunte nel concordato: per esempio, non costituisca, entro i termini stabiliti, le garanzie promesse (5).

Se nel concordato sono stabiliti termini per il pagamento della percentuale, si applica la massima *dies interpellat pro homine;* e il debitore sarà costituito in mora senza bisogno di alcuna intimazione appena scaduti i termini (art. 1223 Cod. civ.). Ma di intimazione non sarà bisogno neppure quando nel concordato non è stabilito alcun termine: ciò significa che la massa non ha voluto accordare alcuna dilazione per il pagamento della parte di credito non rimessa, e, poichè le obbligazioni tutte del fallito sono già scadute colla dichiarazione di fallimento (art. 701), le percentuali

---

(4) Conforme: A. Catania, 13 ottobre 1890, *Temi gen.*, 1891, 60. — Nel senso del testo è anche tutta la dottrina: **Guariglia**, *Concord.*, pag. 286 nota; — **Cavo**, *Concord.*, num. 119; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 965. — Quest'ultimo autore aggiunge che il concordato è titolo esecutivo per ottenere il pagamento delle percentuali " perchè redatto coll'intervento del giudice e del cancelliere e cresimato dalla sentenza d'omologazione ". Non possiamo consentire in questa affermazione perchè nel nostro diritto il concordato, avendo luogo prima che tutti i crediti siano definitivamente ammessi, ed estendendo il suo effetto anche ai creditori ignoti, non importa accertamento o riconoscimento delle antiche obbligazioni, che modifica soltanto se esistono e come esistono. La forza esecutiva non si può imprimere che a crediti *accertati*, e tali non sono tutti quelli sottoposti al concordato.

(5) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8602; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 966; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 287; — **Cavo**, *Concord.*, num. 115; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 333. — Ma quando il debitore non abbia ancora mancato alle obbligazioni assunte non potrà il semplice *pericolo* dell'inadempimento giustificare la domanda di risoluzione, benchè possa giustificare altri provvedimenti d'indole conservativa (per es., un *sequestro*). Così la giurisprudenza francese ha deciso che l'abbandono del commercio e la vendita dell'azienda non giustificano la domanda di risoluzione, quando il debitore non si è reso ancora effettivamente inadempiente: Trib. comm. Senna, 21 settembre 1883, *Journ. des faill.*, 1883, 545; — Trib. comm. Marsiglia, 4 maggio 1892, *Journ. des faill.*, 1893, 183.

concordatarie saranno esigibili non appena passata in giudicato la sentenza di omologazione. Nell'uno e nell'altro caso però, a meno che ciò non sia espressamente stabilito o nel concordato o nei titoli costitutivi delle obbligazioni, il creditore non dovrà attendere il pagamento al suo domicilio, ma dovrà recarsi a richiederlo al domicilio del debitore, o nel luogo indicato dal contratto (6). Fino a questo momento non vi sarà inadempimento, e la risoluzione non potrà essere domandata (7).

Fino a che la risoluzione non è pronunciata, il debitore può evitare lo scioglimento del concordato, facendo offerta reale della intera percentuale o delle rate scadute, e adempiendo le altre obbligazioni assunte. Si obbietta che, costituito in mora il debitore, nessun adempimento tardivo può mantenere in vita il contratto, perchè il creditore ha acquistato il diritto alla risoluzione (8). Ma, finchè la risoluzione non è effettivamente avvenuta, non si può parlare di diritti quesiti. La condizione, a cui è legata la risoluzione del contratto, è il *non adempimento*, vale a dire, un *fatto negativo*, di cui non si può dire che *uno momento perficitur*, ma che invece non è perfetto, se non quando l'adempimento non è più possibile per essere il contratto effettivamente risolto. Fino a che la condizione non si è completamente verificata, un adempimento anche tardivo, impedisce che si verifichi, e renda impossibile la risoluzione (9).

---

(6) Art. 1245 Cod. civ.

(7) **Giorgi**, *Obbl.*, II, num. 65; IV, num. 215; — **Toullier**, *Le droit civ. franç.*, VI, num. 249-262; — **Larombière**, *Oblig.*, sull'art. 1139, num. 10; — **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon: Obligations et contrats*, I, num. 532 e seg.; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 308, pag. 96; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, § 287, nota 5 *in fine*. — Le applicazioni al concordato sono fatte senza difficoltà dalla dottrina e dalla giurisprudenza: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 967; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8604; — Cass. Torino, 5 aprile 1886, *La Giurisprudenza*, 1886, 455; 19 gennaio 1887, *La Giurisprudenza*, 1887, 120; — A. Torino, 5 maggio 1895, *La Giurisprudenza*, 1895, 390; — Trib. Palermo, 5 luglio 1897, *Foro sicil.*, 1897, 260; — Trib. Palermo, 1° luglio 1898, *Foro sicil.*, 1898, 553.

(8) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 971; — A. Genova, 19 febbraio 1891, *Annali della giurisprudenza italiana*, 1892, 118.

(9) È questa la dottrina accolta dai civilisti: v. **Giorgi**, *Obbl.*, IV, num. 216; — **Mourlon**, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, II, pag. 538; — **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon: Obligations et contrats*, II, num. 522 e 526; — **Aubry**

Se il fallito muore, il concordato deve essere eseguito dagli eredi; e in caso di inadempimento di questi, la risoluzione sarà ottenuta in loro confronto. Che se l'eredità fosse stata da essi accettata col benefizio dell'inventario, la risoluzione del contratto sarà domandata in loro confronto come *curatori di diritto dell'eredità* (art. 964_2, Cod. civ.). È inutile aggiungere che in questo caso gli eredi non potranno essere tenuti *ultra vires* al pagamento delle quote concordatarie; nè potranno essere obbligati alla continuazione del commercio o dell'industria del fallito che fosse stata pattuita nel concordato, giacchè, come eredi beneficiati, non possono essere costretti ad assumere obbligazione personale (art. 968 Cod. civ.). Nè il patto stipulato dal loro autore può interpretarsi come un obbligo per loro di accettare l'eredità puramente e semplicemente, perchè la legge concede all'erede di valersi del benefizio dell'inventario, nonostante qualunque divieto del testatore (art. 956 Cod. civ.) (10).

266. La risoluzione non avviene di diritto, ma deve essere pronunziata giudizialmente (art. 843 Cod. comm. e 1165_2 Cod. civ.). Competente a pronunciarla è solo il tribunale davanti al quale si svolse la procedura di fallimento (art. 843_2); anche quando la risoluzione sia chiesta nell'interesse individuale di un creditore, il cui credito non superi le 1500 lire. — La legge, all'art. 843_2, stabilisce che la domanda di risoluzione è proposta *davanti al tribunale*, vale a dire, *davanti al tribunale del fallimento*, che è quello appunto, di cui parla il Codice commerciale in tutto il libro III, ed è quello a cui alludono il precedente art. 842 e tutti gli altri articoli del capo III, titolo 6°, dove è inserita la disposizione dell'ar-

---

e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 302, nota 85; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch*, II, § 282, nota 35. — Riguardo al concordato, questa soluzione è adottata da **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 339; — da **Calamandrei**, *Fallimento*, II, num. 752; — da **Boulay-Paty**, *Faill.*, num. 680; — e dalla giurisprudenza italiana e francese: A. Torino, 22 novembre 1874, *La Giurisprudenza*, 1875, 59; — A. Torino, 6 settembre 1888, *La Giurisprudenza*, 1889, 70; — Cass. Napoli, 9 maggio 1893, *Foro, Rep.*, 1893, voce *fallimento*, num. 262; — A. Trani, 3 settembre 1897, *Foro*, 1898, 181; — A. Parigi, 30 luglio 1892, *Journ. des faill.*, 1893, 113.

(10) Conforme al testo: **Guariglia**, *Concord.*, pag. 264 nota; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 310; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 976.

ticolo 843. La competenza esclusiva del tribunale fallimentare risulta anche dall'art. 685_2, il quale investe il tribunale che dichiarò il fallimento dell'intera procedura di fallimento " e di tutte le azioni che ne derivano ". Ora non è dubbio che se non un rapporto *diretto,* almeno un rapporto *indiretto* di connessione fra la procedura di fallimento e il concordato vi sia, in quanto il concordato di maggioranza presuppone l'esistenza della massa, e questa è una conseguenza della dichiarazione di fallimento, che apre la procedura. L'azione di risoluzione deriva essa stessa dal concordato; e perciò indirettamente, l'azione di risoluzione ha rapporto di connessione colla procedura ed è quindi sottoposta alla competenza del tribunale concursuale. Ciò posto, si comprende come sia irrilevante il fatto che il valore del credito non raggiunga le 1500 lire; la *vis attractiva concursus* sottrae alla competenza pretoriale l'azione di risoluzione, qualunque sia l'ammontare del credito appartenente al creditore che la esercita. Decisiva è in questo senso anche la considerazione che il valore della controversia non si può misurare dal valore del credito di chi domanda la risoluzione: perchè anche quando la risoluzione produce effetti limitati a chi la domanda, pure importa lo scioglimento parziale di un contratto unico, concluso fra la massa e il fallito, il cui valore può eccedere e normalmente eccede le 1500 lire (11).

La risoluzione non può pronunziarsi d'ufficio, ma deve sempre essere domandata dal creditore o dai creditori lesi dall'inadempimento (12). Il tribunale deve, se l'inadempimento esiste, pronunciare la risoluzione: in nessun caso può concedere al fallito la dilazione permessa dall'art. 1165, perchè nelle obbligazioni commerciali, quale è certamente quella del fallito concordatario, tale dilazione è esclusa dall'art. 42 Cod. comm.

---

(11) Nel senso del testo: **Vitalevi**, nel *Dir. comm.*, 1900, 865; — A. Roma, 29 dicembre 1896, *Foro, Rep.*, 1897, voce *fallimento*, num. 237; — A. Torino, 26 agosto 1898, *La Giurisprudenza*, 1898, 1549; — A. Firenze, 19 aprile 1900, *Dir. comm.*, 1900, 737.

(12) Lo *Schema* **Mortara**, art. 835, ammette la riapertura del fallimento di ufficio, in caso di inesecuzione del concordato. Quale valore e quale effetto abbia la riapertura del procedimento sul concordato concluso, non è detto: ma si desume, specialmente dall'art. 840, che ne produce la risoluzione. Ora, pronunziare d'ufficio la risoluzione di un contratto, ci sembra in realtà una tutela eccessiva.

267. Nel diritto civile la condizione risolutiva *tacita* dell'articolo 1165 non esclude la condizione risolutiva *espressa.* E perciò tutti i civilisti sono concordi nell'ammettere che se la domanda giudiziale e la pronunzia del giudice sono necessarie quando la condizione risolutiva è sottintesa (art. 1165), quando invece la condizione risolutiva è espressa, e porta la clausola della risoluzione *di diritto,* la risoluzione avviene *ipso iure,* appena verificatosi l'inadempimento (13). Si deve dire altrettanto della risoluzione del concordato per inadempimento del debitore? Lo si nega generalmente sulla condizione che la legge ha espressamente disposto doversi la risoluzione chiedere al tribunale (14). Questa ragione non ci sembra convincente. Anche l'art. 1165 stabilisce che la condizione risolutiva non opera *di diritto;* ma nessuno perciò ha mai affermato che sia nulla la clausola colla quale le parti stipulano *espressamente* la risoluzione di diritto. Egli è che l'art. 1165 si occupa della condizione risolutiva *tacita,* non di quella *espressa,* per la quale dispongono l'art. 1158_2, che non fa dipendere da alcuna dichiarazione giudiziale l'effetto della condizione, e l'art. 1164 che obbliga senz'altro il creditore a restituire ciò che ha ricevuto, ove accada l'avvenimento preveduto nella condizione. Ora perchè non deve dirsi lo stesso della risoluzione del concordato, disciplinata dall'art. 843 Cod. comm.? L'art. 843 non introduce un *ius novum* in materia di

---

(13) Vi sono anche autori che si accontentano per la risoluzione *di diritto* che la condizione risolutiva sia semplicemente *espressa,* senza che sia espressa anche la clausola che la risoluzione debba avvenire *ipso iure*: v. **Giorgi**, *Obbl.*, IV, num. 209; — **Toullier**, *Le droit civil français*, VI, num. 554; — **Troplong**, *De la vente*, Bruxelles, 1844, num. 61 e 665; — **Laurent**, *Principes*, XVII, numero 157 e seg.; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, § 282, nota 33 *a*; — **Crome**, *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts*, § 16, nota 10. — Ma tutti ammettono che le parti possono, con una dichiarazione speciale ed apposita, far risolvere il contratto senza la pronuncia del magistrato: v. **Larombière**, *Obligations*, sull'art. 1184, num. 36 e 37; — **Marcadé**, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, sull'art. 1184, numero 2; — **Colmet de Santerre**, *Cours analytique du Code civil*, V, num. 104 *bis*, I; — **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon, Des obligations et des contrats*, II, num. 472 e seg.; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 302, nota 84.

(14) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 288; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 964; — **Calamandrei**, *Fallim.*, II, num. 752; — **Demangeat** sur **Bravard-Veyrières**, *Droit comm.*, V, pag. 467 nota; — **Renouard**, *Faill.*, II, pag. 100.

concordato: accettata l'idea contrattuale, la possibilità di condizionarne il mantenimento alla esecuzione delle obbligazioni, non si sarebbe potuta contestare; il principio dunque che l'art. 843 richiama, ed applica al concordato, si trova già nella teoria generale delle obbligazioni. L'art. 843 non lo *crea*, ma lo *disciplina;* e lo disciplina vuoi adattando alla particolare natura del nostro contratto le norme date dall'art. 1165 per la condizione risolutiva tacita, vuoi modificando parzialmente la disciplina dell'art. 1158 (15) col mantenere ferme le garanzie reali e personali costituite nel concordato (art. 843_4). Ma in ciò che l'art. 843 non ha modificato o disciplinato espressamente, si debbono intendere richiamati tutti i principî del diritto civile, in quanto siano applicabili, non escluso quello che la domanda giudiziale è necessaria per la condizione risolutiva *tacita*, non lo è invece per la condizione risolutiva *espressa*, almeno nel caso, in cui le parti abbiano espressamente disposto che la risoluzione debba avvenire di diritto. — Pretendere, come si vuole dalla opinione dominante, che una simile clausola sia *nulla*, è un introdurre nella materia della risoluzione del concordato una nullità che non è affatto nella legge. Vero è bensì che quella clausola dovrà applicarsi, tenuto conto della speciale natura del concordato obbligatorio, che è un contratto stipulato tra il fallito e la collettività dei creditori. Ciò importa che la risoluzione *di tutto il contratto* non possa avvenire se non quando il fallito si sia reso inadempiente di fronte a tutti i creditori, e tutti i creditori dichiarino di voler risoluto il contratto. Se la maggioranza bastò a consentirlo, sciolta la comunione, non si può, all'infuori di un'espressa disposizione della legge — come è nel caso della condizione risolutiva tacita — considerarla ricostituita, agli effetti della risoluzione del concordato. — Ma quando un creditore leso dall'inadempimento voglia considerare come risoluto il contratto nei soli suoi rapporti individuali, perchè si vorrà impedirgli di usufruire della clausola espressa che gli conferisce il diritto di considerarlo senz'altro risolto?

268. Soltanto i creditori chirografari, il cui titolo è anteriore

---

(15) Art. 1158_3: " La condizione risolutiva è quella che, verificandosi, rimette le cose nello stato in cui erano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo ".

alla dichiarazione di fallimento possono chiedere la risoluzione del concordato: essi soli facevano parte della massa, ed essi soli furono i contraenti del contratto. — Anche i creditori forniti di garanzia reale, in quanto siano rimasti incapienti, debbono considerarsi come facenti parte della massa, ed essendo legati al concordato, possono, dimostrata la incapienza, chiederne la risoluzione per inadempimento (16). Anche i creditori, i cui crediti non erano verificati, nè ammessi provvisoriamente al passivo al momento della conclusione del concordato, e che perciò non poterono prender parte alla votazione, ed anche i creditori non comparsi nel giudizio di fallimento possono chiedere la risoluzione, perchè anch' essi facevano parte della massa, e come componenti la massa, entrarono nel contratto, da cui sono tuttavia legati (art. 840) (17). — In ogni caso è necessario che i crediti siano stati accertati, e non siano più soggetti a contestazione, nè nella loro sussistenza, nè nel loro ammontare (18).

Non solo il creditore primitivo, ma anche il cessionario del creditore ed il terzo che, avendo pagato il creditore, viene surrogato nelle sue ragioni contro il debitore (art. 1252 e 1253 Cod. civ.), hanno diritto di chiedere la risoluzione. Ciò risulta dalla natura stessa della cessione che pone il cessionario nella identica condizione giuridica del cedente; l'azione di risoluzione per inadempimento non essendo che un mezzo per far valere il credito, nessuno dubita che si debba considerare come un accessorio del credito e perciò virtualmente compreso nella cessione (19). Risulta anche, nel caso di pagamento con surrogazione, dalla natura della surrogazione, la quale com-

---

(16) Conforme al testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 967 e 970; — App. Roma, 5 giugno 1884, *Temi romana*, 1884, 359.

(17) Cass. Torino, 5 aprile 1886, *La Giurisprudenza*, 1886, 455; — A. Cagliari, 9 maggio 1894, *Dir. comm.*, 1895, 138.

(18) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 967; — A. Milano, 6 settembre 1887, *Giur. it.*, 1888, 226; — Cass. Roma, 18 dicembre 1890, *Foro*, 1891, 179; — Cass. Roma, 20 luglio 1893, *Corte Suprema*, 1893, II, 351.

(19) Questo ammettono anche gli autori, i quali negano che al cessionario trapassino le azioni di *nullità* spettanti al cedente: v., per es., **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 359 *bis*, nota 49. — Cfr. anche in questo senso: **Troplong**, *Vente*, num. 916; — **Duvergier**, *Vente*, II, num. 222; — **Pacifici-Mazzoni**, *Della vendita*, II, num. 195; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch d. franz. Civilrechts*, II, § 339, nota 23; — **Crome**, *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts*, § 16, pag. 174, testo e nota 65.

prende tutti quanti i diritti che spettavano al surrogato, e quindi anche l'azione di risoluzione per inadempimento, come senza contrasto ammette tutta la dottrina civilistica (20). Si è negata la surrogazione nel caso del concordato, affermando che l'azione di risoluzione conceduta dall'art. 843 è un'azione *personale* e che non si può mettere a disposizione del surrogante una azione per la quale possibilmente egli incasserà più di quanto ha sborsato (21). Ma che non sia per nulla personale l'azione di risoluzione, riesce evidente quando si consideri che la legge non ha inteso affatto di proteggere, mediante il procedimento di esecuzione collettiva fallimentare, la persona di questo o di quel creditore; ma i *crediti anteriori alla dichiarazione*. E, guai se fosse il contrario: la protezione si risolverebbe in una iattura maggiore, perchè renderebbe impossibile la cessione del credito, e peggiorerebbe ancora più la condizione del creditore. Nulla di meno vero perciò di quello che si afferma comunemente (22), che nel concordato non abbia diritto di intervenire il cessionario di un credito: e nulla di meno giustificato delle discussioni che si sogliono fare per decidere a chi spetti, dopo la cessione, il diritto di voto (23). Nè è esatto che l'azione di risoluzione faccia incassare al cessionario più di quanto ha sborsato; perchè, anche dopo esercitata l'azione, egli potrà pretendere dal debitore solamente ciò che ha pagato per lui (24).

269. L'inadempimento può dar luogo o alla risoluzione *totale* del contratto, o alla risoluzione *parziale* nei soli rapporti di uno o più creditori lesi dall'inadempimento.

a) Quanto alla risoluzione totale, dispone l'art. 843: " Se il fallito non adempie le condizioni del concordato, la maggioranza dei creditori intervenuti nelle deliberazioni di esso e non ancora

---

(20) **Giorgi**, *Obbl.*, VII, num. 245; — **Mourlon**, *Répétitions écrites*, II, pagg. 37 e 167; — **Larombière**, *Obligations*, sull'art. 1251, num. 13; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civ. franç.*, IV, § 321, nota 75; — **Laurent**, *Principes*, XVIII, num. 111 e seg.; — **Zachariä-Crome**, *Handb.*, II, § 301, nota 21 *a*.

(21) **Ruta**, *Della surroga nell'azione di risoluzione del concordato*. Estr. dalla *Rif. giur.*, 1896, fasc. 3°, pag. 7 e seg.

(22) V. sopra num. 203.

(23) V. sopra num. 203.

(24) La giurisprudenza è nel senso del testo: v. Cass. Torino, 14 maggio 1895, *Mon.*, 1896, 7; — A. Torino, 7 dicembre 1895, *La Giurisprudenza*, 1896, 123.

soddisfatti delle somme ivi convenute, può chiederne la risoluzione: la maggioranza è formata secondo le disposizioni dell'art. 833 „.

Secondo questa poco chiara disposizione di legge, condizione necessaria perchè vi sia risoluzione totale o collettiva è la domanda di un certo numero di creditori insoddisfatti. Quale sarà il numero dei creditori necessario? Dice la legge: *la maggioranza dei creditori intervenuti alle deliberazioni del concordato e non soddisfatti.* E qui le interpretazioni possono essere e sono state diverse.

α) Si può ritenere anzitutto che occorra la domanda della metà più uno dei creditori, i quali rivestano *contemporaneamente* queste due qualità: di *essere intervenuti alle deliberazioni del concordato* e di *esser rimasti insoddisfatti*; escludendo così dal computo, tanto dei creditori che *debbono costituire la maggioranza*, quanto dei creditori, *su cui la maggioranza deve essere calcolata*, i creditori *non soddisfatti*, ma *non intervenuti.* Questa interpretazione, che non fu messa innanzi da alcuno, *grammaticalmente*, si presenta come la più naturale e conforme al testo legislativo. Nella frase " la maggioranza dei *creditori intervenuti e non ancora soddisfatti* „ è naturale riferire le parole " *intervenuti e non soddisfatti* „ alla parola *creditori*, facendone una apposizione di questa: come se la legge dicesse: *la maggioranza dei creditori, i quali sono intervenuti e non sono ancora soddisfatti.* — Ma questa interpretazione, escludendo da ogni calcolo i creditori *non intervenuti*, si trova in contraddizione colla seconda parte dell'art. 841, dove è stabilito invece espressamente che la maggioranza si calcola nel modo indicato dall'art. 833, cioè *su tutti i creditori ammessi al passivo* e non sui soli *creditori intervenuti.*

β) Un'altra interpretazione ritiene che la risoluzione debba essere domandata dalla *metà più uno dei creditori insoddisfatti:* calcola cioè la maggioranza dei creditori insoddisfatti che può domandare la risoluzione sul *numero totale degli insoddisfatti* (25). — Ma in tal modo si considera come non scritta tutta la frase *intervenuti nelle deliberazioni del concordato*, che non è possibile considerare come un pleonasmo legislativo.

γ) Una terza interpretazione ritiene *che il numero dei creditori insoddisfatti chiedenti la risoluzione deve essere pari alla metà più uno dei creditori intervenuti alle deliberazioni del concordato.* In

(25) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 969.

questa interpretazione la maggioranza necessaria per domandare la risoluzione collettiva deve essere composta tutta di creditori insoddisfatti e deve essere maggioranza *di fronte al totale dei creditori intervenuti:* ma non è necessario che sia composta *di creditori intervenuti*. Il numero dei creditori intervenuti servirebbe di base per il calcolo della maggioranza: ma i componenti della maggioranza basterebbe che fossero creditori insoddisfatti (26). — Anche questa opinione però, nonchè interpretare, modifica la legge. L'articolo 843_1 dice che è la *maggioranza dei creditori* ecc., quella che può chiedere la risoluzione, e non una *maggioranza pari a quella dei creditori* ecc. Il rapporto di *maggioranza*, essendo un rapporto di *parte* a *tutto*, non può intercedere che tra due *quantità omogenee*, cioè composte di elementi aventi qualità comuni: non si può dare una *maggior parte di creditori semplicemente insoddisfatti* di un *totale di creditori intervenuti*. Senza contare che, in questa interpretazione, si sopprime completamente la particella congiuntiva *e*, la quale dimostra ad evidenza che i creditori, i quali possono domandare la risoluzione, non basta che siano *insoddisfatti*, ma debbono anche essere *intervenuti*.

b) Noi riteniamo necessario non alterare in alcun modo il testo legislativo: quando la legge stabilisce una norma con parole che hanno per sè un significato logico, non si può prescindere dal testo per abbandonarsi ad interpretazioni che si risolvono in aggiunte o soppressioni di parole o di frasi. Non si può supporre che nella legge siano scritte parole inutili o siano tralasciate parole che vi dovrebbero essere scritte.

Ciò premesso, noi crediamo anzitutto che alla particella congiuntiva *e* non si possa negare il valore grammaticale che le spetta, di rendere congiunte, nel pensiero legislativo, le due qualità di *intervenuto alle deliberazioni del concordato* e di *non soddisfatto*. Donde la prima conseguenza: *che non può domandare la risoluzione se non il creditore intervenuto nelle deliberazioni e non soddisfatto*. Ma quanti dovranno essere gli intervenuti e non soddisfatti che domandano la risoluzione? Lo dice la legge: la *maggioranza dei creditori*. Ecco intanto grammaticalmente spiegata la frase legislativa: le parole *intervenuti alle deliberazioni del concordato*

(26) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8606; — **Guariglia**, *Concord.*, pagg. 288 e 289; — **Cavo**, *Concord.*, num. 115; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 338.

e non soddisfatti si riferiscono tutte non alla parola *creditori* soltanto, ma alle parole *maggioranza dei creditori*: è la maggioranza che deve essere composta di *intervenuti e non soddisfatti*, ma questa maggioranza si calcola su *tutti i creditori*. In questa prima parte dell'art. 843_1 la legge ha considerato soltanto i creditori che *entrano a comporre la maggioranza:* sarà poi nella fine della disposizione che si occuperà del *numero totale di creditori su cui la maggioranza deve essere calcolata*, rinviando all'art. 833, pel quale la maggioranza deve calcolarsi su tutti i creditori verificati ed ammessi provvisoriamente. Il rapporto di parte a tutto qui corre tra elementi omogenei, aventi cioè qualità comuni: *tutto*, è l'insieme dei creditori verificati ed ammessi: *parte,* sono i creditori che intervennero e non furono soddisfatti, i quali pure sono creditori verificati ed ammessi; ma debbono inoltre rivestire un'altra qualità: quella di essere intervenuti e non soddisfatti. Se la legge avesse detto: la maggioranza dei creditori *intervenuta nelle deliberazioni e non soddisfatta*, non ci sarebbe stato alcun dubbio: ma grammaticalmente è corretto anche riferire ad un sostantivo collettivo: *maggioranza*, il plurale *intervenuti e non soddisfatti*, costruzione *ad sensum* frequente e qui giustificata dal vicino plurale *creditori*, al quale non si riferisce specialmente, ma che ha influito sulla costruzione grammaticale della frase.

In tal modo la disposizione finale dell'art. 843: " la maggioranza è formata secondo le disposizioni dell'art. 833 „ riceve un significato affatto logico e naturale: i creditori intervenuti e non soddisfatti che domandano la risoluzione debbono essere la maggioranza dei creditori verificati ed ammessi al passivo: e debbono inoltre rappresentare i tre quarti dei crediti (27). La risoluzione collettiva è così resa difficile dal legislatore: ma il concetto della legge è logico, e risponde perfettamente alla natura della risoluzione collettiva. Omologato il concordato e chiusa la procedura di fallimento, la comunione creditoria è sciolta: non è più possibile la costituzione di una *nuova maggioranza* diversa dall'antica: non possono creditori non intervenuti nelle deliberazioni del concordato,

(27) S'intende dei crediti verificati ed ammessi, senza distinzione tra crediti pagati e non pagati, come è naturale, l'art. 833 riferendosi a tutti i crediti verificati ed ammessi: v. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8606; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 289.

ancorchè insoddisfatti, concorrere a formare la maggioranza necessaria per risolvere il contratto. Sono solamente gli intervenuti che, rimasti insoddisfatti, possono, quando costituiscono la maggioranza *di tutti i creditori*, quella stessa maggioranza cioè che è necessaria per *concludere il concordato*, ottenerne la risoluzione. Nel concetto della legge, solo chi ha concorso a formare il concordato, ha acquistato il diritto di disfarlo. Nella pratica del resto, la risoluzione collettiva è un rimedio poco o punto usato, perchè la risoluzione individuale serve assai meglio e più facilmente ad ottenere la reintegrazione nella totalità dei diritti, in caso di inadempimento del concordato. Si tratta spesso di creditori lontani, dispersi, sconosciuti gli uni agli altri, o almeno ignari delle inadempienze a cui gli altri andarono soggetti: non è facile che possano mettersi in comunicazione, intendersi, riunire le adesioni occorrenti e di comune accordo domandare la risoluzione collettiva. Ciò importa difficoltà, trattative lunghe, perdita di tempo e sopratutto scarso vantaggio: perchè quando avranno ottenuto la risoluzione collettiva, non avranno fatto altro, in confronto della semplice risoluzione individuale, che acquistare il diritto di far riaprire il fallimento. Conforto magro, a dir vero, quando si pensi che si trovano di fronte a un fallito che non ha potuto o saputo neanche mantenere gli impegni assunti nel concordato e da cui è difficile che la procedura di fallimento possa cavare qualche cosa di più o di meglio.

La domanda di risoluzione collettiva, può essere proposta: o dal curatore a nome dei creditori intervenuti e non soddisfatti costituenti la maggioranza a norma dell'art. 833_1 — oppure dai creditori stessi personalmente. Nel primo caso — dice la legge (art. 843_2) — la domanda deve essere proposta in contradittorio del fallito e dei fideiussori. Nel secondo dovranno essere chiamati in giudizio il curatore, il fallito, e i fideiussori. Il contradittorio dei creditori della minoranza non è necessario, la legge ne dispensa implicitamente ritenendola rappresentata in causa dal curatore (28).

(28) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 289; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 973; — **Cavo**, *Concord.*, num. 117; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 343. — Contr. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8608.

270. *b*) La risoluzione può anche essere domandata da un singolo creditore insoddisfatto nel suo interesse individuale (art. 843₃). La domanda deve essere anche qui proposta in contradittorio del fallito, del curatore e dei fideiussori (29): ed ha per iscopo, non la totale rescissione del contratto, ma il riacquisto da parte del singolo creditore, della totalità dei singoli suoi diritti verso il fallito.

271. La sentenza che pronuncia nella domanda di risoluzione è impugnabile? La giurisprudenza prevalente è per l'affermativa, in base alle seguenti considerazioni (30):

a) se per l'art. 913 è data facoltà di appellare contro le sentenze che dichiarano il fallimento, non si può negare la facoltà di appellare contro le sentenze che risolvono il concordato e riaprono la procedura di fallimento;

b) non si può, senza urtare contro ogni principio di ragione e di giustizia, ammettere il rimedio dell'opposizione e dell'appello contro le sentenze che omologano il concordato e negarlo contro quelle che lo risolvono.

Ma ambedue queste considerazioni che possono avere ed hanno qualche valore per propugnare un sistema legislativo meno rigido in materia di rimedi contro le sentenze nel giudizio di fallimento,

---

(29) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 973; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8610; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 290. — Riteniamo necessaria anche la chiamata in giudizio del curatore, perchè, applicando alla risoluzione individuale il capoverso primo dell'art. 843, non si può applicarlo solo in parte, e perchè non è vero che la risoluzione individuale non interessi gli altri creditori, giacchè nel concordato i creditori non contrattano individualmente nel proprio particolare interesse, ma il fondamento della obbligazione dell'uno è la obbligazione dell'altro. Si deve ricordare che non si tratta di una folla di contratti isolati, ma di un unico contratto. — Contr. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8610; — A. Torino, 31 settembre 1894, *La Giurisprudenza*, 1894, 215.

(30) A. Catania, 13 ottobre 1890, *Temi genovese*, 1891, 60; — Cass. Torino, 7 agosto 1894, *Foro*, 1894, 1036; — A. Torino, 31 dicembre 1894, *Temi gen.*, 1895, 245; — A. Torino, 7 dicembre 1895, *La Giurisprudenza*, 1896, 123; — A. Venezia, 11 maggio 1896, *Foro*, 1896, 1136; — A. Trani, 3 settembre 1897 *Foro*, 1898, 180; — A. Torino, 26 agosto 1898, *La Giurisprudenza*, 1898, 1549. — Per l'inappellabilità, vedi tuttavia: Cass. Torino, 28 dicembre 1885, *Dir. comm.*, 1886, 83; — A. Catania, 8 febbraio 1892, *Foro cat.*, 1892, 10; — A. Genova, 30 marzo 1894, *Foro*, 1894, 862.

si spuntano contro il preciso, categorico disposto dell'art. 913, il quale dichiara inopponibili ed inappellabili tutte le sentenze in materia di fallimento, ad eccezione di quelle tassativamente indicate nello stesso articolo: le sentenze cioè di cui agli art. 693, 706, 816, 836, e le sentenze finali di primo grado di giurisdizione sulle controversie indicate negli art. 765, 807 e 822. Si potrà criticare questa soverchia rigidezza, questa preoccupazione soverchia per la rapidità dei giudizi connessi alla procedura di fallimento: ma finchè la legge è tale, non può il giudice negarle osservanza Le considerazioni, sulle quali la giurisprudenza prevalente si adagia, per distruggere il testo legislativo, sono *tutte* all'infuori della legge: si rilevano incongruenze, si vogliono evitare ingiustizie: ma non una ragione si adduce desunta dalla parola o dal sistema della legge.

La legge (art. 913_2) ha dichiarato espressamente non soggette nè ad opposizione nè ad appello *tutte le sentenze in materia di fallimento:* da questa regola essa non ha eccettuato se non alcune sentenze una per una specificate, e fra queste la sentenza che pronuncia sulla risoluzione del concordato non si trova. Si è cercato di negare, è vero, che questa sentenza sia pronunciata " in materia di fallimento " perchè " le decisioni in materia di fallimento sono proprio quelle che riguardano la forma dell'amministrazione, che hanno tratto alla conservazione ed alla liquidazione del patrimonio del fallito, come garanzia comune dei creditori *veri e reali*, e non quelle altre, che hanno esaminato e deciso, sia pure nel periodo del fallimento, questioni che toccano la sostanza dei diritti delle parti, e dalle quali sentenze possono derivare danni irreparabili sia per i creditori che per lo stesso fallito " (31). Ma la parola stessa della legge smentisce questa interpretazione. Dalla regola, che le sentenze *in materia di fallimento* non sono nè opponibili, nè appellabili, la legge ha sentito il bisogno di espressamente eccettuare quelle " finali in primo grado di giurisdizione, sulle controversie indicate negli art. 765 e 807 ", vale a dire precisamente le sentenze in materia di *verificazione di crediti* e di *rivendicazione*, delle quali nessuno può dubitare che tocchino " la sostanza dei diritti delle parti ". L'averle la legge *espressa-*

(31) **Ruta**, *Se le sentenze pronunziate su domanda di annullamento o risoluzione del concordato siano opponibili ed appellabili*, Roma, 1895, pag. 22.

mente eccettuate dimostra che, senza tale espressa eccezione, sarebbero state *comprese nella regola*, e che perciò anch'esse debbono considerarsi come *sentenze in materia di fallimento*! La legge stessa del resto ci dice che cosa si deve intendere per *materia di fallimento*, agli effetti processuali: e ce lo dice nell'art. 685, dove è stabilito che il tribunale del fallimento è investito della intera procedura di fallimento e *conosce di tutte le azioni che ne derivano*. Evidentemente *c'è una corrispondenza perfetta tra le materie di competenza esclusiva del tribunale del fallimento*, e la *materia di fallimento*, di cui parla l'art. 913. Materia di fallimento che sfugga alla competenza del tribunale fallimentare non può esservi, nè può il tribunale del fallimento *come tale* estendere la sua competenza oltre le controversie che fanno parte della *materia di fallimento*. Il che oltre ad essere di per sè stesso evidente, è confermato dalla legge stessa direttamente, la quale, sempre nell'art. 685, aggiunge che le forme del procedimento nella procedura di fallimento sono regolate *dalle disposizioni contenute nel libro IV*. Fra queste disposizioni è appunto l'art. 913, che, parlando di *materia di fallimento* si riferisce precisamente alle azioni che, secondo l'art. 685, come derivanti dalla procedura di fallimento, sono soggette alla competenza esclusiva del tribunale fallimentare. Ciò dimostra che *tutte le azioni derivanti dalla procedura collettiva* di fallimento, la quale comprende non solo il procedimento di *esecuzione* (liquidazione dell'attivo e ripartizione) ma anche il procedimento di *dichiarazione* (liquidazione del passivo), costituiscono *materia di fallimento* e che per conseguenza *materia di fallimento* costituisce anche l'azione di risoluzione del concordato. Non solo il concordato ha per iscopo di por fine alla procedura di fallimento, ma esso stesso, malgrado la sua natura contrattuale, è strettamente *connesso alla procedura*, giacchè in tanto è possibile, come concordato obbligatorio, in quanto esiste il fallimento e quindi una *massa deliberante a maggioranza*. E che l'azione di risoluzione faccia parte della *materia di fallimento* è confermato anche dalla legge, la quale (art. 843_1) dichiara competente a pronunciare la risoluzione *il tribunale fallimentare*. Ma se la legge direttamente considera l'azione di risoluzione come *materia di fallimento* non è possibile negare che pronunciata *in materia di fallimento* sia anche la sentenza che decide sull'azione di risoluzione.

Battuta su questo terreno, la dottrina dell'appellabilità, si rifugia

dietro una interpretazione dell'art. 913 che ne sforza evidentemente il senso e la portata. Si afferma che la eccezione concernente la sentenza dell'art. 836 deve estendersi necessariamente alle sentenze degli art. 842 e 843, perchè gli art. 842 e 843 sono emanazione od esplicazione dell'art. 836, come emanazione dell'art. 836 è l'art. 839, al quale la prevalente dottrina e giurisprudenza estende la eccezione sancita per l'art. 836 (32). Ma non è vero che gli art. 842 e 843 siano una esplicazione dell'art. 836: questo concerne l'*omologazione* del concordato: quelli l'*annullamento* e la *risoluzione:* contemplano sentenze *diverse*, aventi *diverso obietto*, emesse in momenti diversi. La legge non fa che eccettuare dalla regola " i casi preveduti dall'art. 836 ": ora come si può, anche con una apparenza di ragione, sostenere, che l'*annullamento* e la *risoluzione* sono " casi preveduti dall'art. 836 "? Di comune le sentenze dell'art. 836, e quelle degli art. 842 e 843 hanno questo solo: di essere emesse in materia *di concordato*; ma ciò non basta certo per identificarle e farne sentenze aventi lo *stesso obietto*. Diverso assai è il caso dell'art. 839: anche noi, che pur neghiamo la impugnabilità della sentenza omologativa nella sola parte che accorda i beneficî, abbiamo però convenuto che ciò non può farsi in base all'art. 913 (33). — E si capisce. *La sentenza che accorda i beneficî non è una sentenza diversa da quella di omologazione*, cioè dalla sentenza di cui all'art. 836: ma è nella stessa sentenza di omologazione, e solo nella sentenza di omologazione che si possono accordare i beneficî (art. 839). *Processualmente* non esiste una sentenza dell'art. 839, diversa dalla sentenza dell'art. 836: esiste solo una *pronuncia facente parte della stessa sentenza.* Può forse dirsi che sia eguale il caso degli art. 842 e 843? (34).

272. Gli *effetti* della risoluzione sono naturalmente diversi secondo che si tratti di risoluzione individuale o collettiva. La risoluzione collettiva rimette tutti i creditori nella condizione in cui

---

(32) **Ruta**, Op. cit., pag. 26 e seg.; — Cass. Torino, 7 agosto 1894, *Foro*, 1894, 1037.

(33) V. num. 255.

(34) Tutta la dottrina è nel senso del testo: v. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8600 e 8612; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 974; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 290; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 350.

erano prima del concordato (art. 1158_2 Cod. civ.): la risoluzione individuale invece opera soltanto nei rapporti del creditore che l'ha domandata, il quale soltanto rientra nell'integrità dei suoi diritti contro il fallito (art. 843_3) senza perciò che resti mutata la condizione giuridica degli altri creditori (35). In conseguenza di ciò, la legge dispone che, nel caso di risoluzione individuale, i creditori che l'hanno domandata " rientrano nell'integrità dei loro diritti verso il fallito, ma non possono domandare il resto delle quote promesse nel concordato, se non dopo la scadenza dei termini ivi stabiliti per il pagamento delle ultime quote ". Vale a dire, che, non potendo i creditori, nell'interesse dei quali soltanto la risoluzione è stata pronunciata, pregiudicare gli altri creditori rimasti nel concordato, è loro proibito di chiedere il pagamento della parte di credito già rimessa, ed ora risorta per effetto della risoluzione, se non dopo la scadenza dei termini stabiliti per il pagamento delle ultime quote del concordato. Ciò per impedire che chi ha ottenuto la risoluzione venga ad essere pagato della parte *rimessa*, quando chi è rimasto nel concordato, non è stato ancora soddisfatto (nè può esserlo non essendo scaduti i termini) della parte di credito *non rimessa*. Mentre dunque, risoluto parzialmente il concordato, può il creditore che ha ottenuto la risoluzione, domandare subito tutte le quote promesse nel concordato, egli deve attendere la scadenza delle ultime quote, per domandare il resto, corrispondente alla parte di credito già rimessa (36).

---

(35) A. Genova, 1° dicembre 1896, *Temi genovese*, 1897, 52; — Cass. Napoli, 7 luglio 1892, *Foro*, 1893, 17.

(36) L'art. 633 del Codice del 1865, sostanzialmente, eguale, in questa parte, all'art. 843 del Codice vigente, invece della frase " non possono domandare il *resto delle quote promesse nel concordato* " aveva l'altra " non possono domandare l'*eccedenza della quota portata dal concordato* ". Nei lavori preparatori non trovo traccia dei motivi del mutamento, che avvenne nel *Progetto definitivo* ed evidentemente è di pura forma: *il resto delle quote* significando precisamente la stessa cosa che l'*eccedenza della quota*. Tuttavia il mutamento ha fatto sbizzarrire gli interpreti a cercare che cosa volesse intendere la legge colla frase " il resto delle quote promesse nel concordato ". E varî autori hanno affermato che il *resto delle quote* sono le *quote non ancora scadute*, cioè di *scadenza posteriore alla sentenza di risoluzione*, e che la seconda parte dell'art. 843_3 deve interpretarsi nel senso che i creditori, i quali hanno ottenuto la risoluzione parziale, non possono domandare le quote non scadute al momento del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione, se non dopo trascorsi i

Ma potrà il creditore uscito dal concordato acquistar diritto al pagamento privilegiato di fronte agli altri creditori, in base alla ipoteca giudiziale prodotta dalla sentenza che pronuncia la risoluzione? La giurisprudenza ha deciso di sì, per la giusta considerazione che non si possono porre altri limiti ai diritti che il creditore uscito dal concordato avrebbe secondo il diritto comune, oltre quelli stabiliti nell'art. 843_3 (37).

---

termini per il pagamento delle *loro ultime quote concordatarie.* Dimodochè, potrebbero domandare *subito le quote concordatarie scadute e la parte di credito già rimessa:* e dovrebbero attendere per il pagamento delle quote concordatarie *loro promesse e non scadute.* (V. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8620; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 295). — Non c'è bisogno di dire che questa interpretazione, la quale contorce la lettera, lo spirito, il senso tutto della legge, non è assolutamente accettabile. Perchè il creditore debba attendere la scadenza delle ultime quote, per riscuotere le quote scadenti dopo la risoluzione, non si capisce, quando invece gli è data facoltà di riscuotere subito la parte di credito già rimessa. E neppur si comprende perchè le *ultime quote* siano poi, in realtà, l'*ultima quota*, cioè l'ultima rata spettante al creditore. Non si comprende *a quale scopo* avrebbe dettato la legge questa disposizione, che non impedisce il pregiudizio degli altri creditori, perchè si dà al creditore uscito dal concordato il diritto di domandar *subito* la parte di credito già rimessa, turbando tutto il piano nel quale avevano riposto fiducia i creditori, e mettendo in pericolo il pagamento delle quote concordatarie. Non si comprende infine, che specie di risoluzione sarebbe questa che, mentre farebbe rivivere la parte di credito già rimessa, non solo manterrebbe in vita il concordato per la parte non rimessa, ma peggio ancora, impedirebbe che fosse pagata prima della scadenza dell'ultima quota. Quanto invece diventa logico l'art. 843_3 nella interpretazione adottata nel testo! Scopo della legge: impedire il pregiudizio degli altri creditori: mezzo: reintegrare bensì il creditore uscito dal concordato nella parte di credito già rimessa, ma non renderla esigibile prima che le ultime quote dovute ai creditori siano scadute. Il concordato resta adunque completamente risoluto: cessano le riduzioni e cessano i termini del concordato: solo la parte di credito già rimessa, non in virtù del concordato, ma per forza di legge, diviene esigibile solo quando tutte le quote concordatarie sono esigibili. E così si spiega perchè la legge abbia parlato di *ultime quote* e non di *ultima quota:* perchè si tratta delle ultime rate pagabili ai creditori concordatari. Non si deve dimenticare che nel concordato non si possono stabilire termini diversi per i diversi creditori, legge del concordato essendo l'*uguaglianza;* e che perciò le ultime quote non possono essere che le *quote pagate ai diversi creditori all'ultima scadenza.* Nel senso del testo: v. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 975.

(37) A. Genova, 21 aprile 1897, *Diritto comm.*, 1897, 430; — Cass. Torino, 26 febbraio 1898, *Foro*, 1898, 378. — Contr. Trib. Genova, 28 aprile 1896, *Temi gen.*, 1896, 349. — Noi però dubitiamo che la sentenza di risoluzione produca

273. La risoluzione del concordato, sia collettiva, sia individuale, non fa cadere le garanzie costituite per la sua esecuzione (art. 843_4). Questa apparente deviazione dalla regola generale che il verificarsi della condizione risolutiva rimette le cose nel preciso identico stato in cui si trovavano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo (art. 1158_2 Cod. civ.), si giustifica considerando che nel concordato, a differenza degli altri contratti, la condizione risolutiva tacita è stabilita dalla legge *a favore dei soli creditori* (art. 843). *Non dunque tutto il contratto è sottoposto alla condizione risolutiva tacita dell'inadempimento: ma la sola obbligazione dei creditori è condizionata all'adempimento da parte del debitore delle obbligazioni precedenti, modificate dal concordato*. Questa differenza cogli altri contratti bilaterali ha la sua ragione d'essere nella particolare natura del contenuto obbligatorio del concordato. Il quale non è il *titolo costitutivo delle obbligazioni del debitore*, che dal concordato non sono *estinte* e *novate*, bensì semplicemente *modificate* (38), ma è invece il titolo costitutivo delle parziali rinunzie all'azione

---

sempre ipoteca giudiziale. Per l'art. 1970 Cod. civ. " ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, o all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, produce ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l'ha ottenuta ". Ma la sentenza che dichiara risoluto un contratto non porta, di per sè, condanna, nè al pagamento di una somma, nè alla consegna di cose mobili, nè all'adempimento di una obbligazione che può risolversi nel risarcimento dei danni: e quindi non produce mai ipoteca giudiziale. (Cfr. **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, § 235, nota 5). — Lo stesso è a dirsi della sentenza che dichiara risolto parzialmente il concordato. La sentenza di risoluzione presuppone già riconosciuto il credito: già accertato il diritto del creditore: e non fa che togliere di mezzo l'ostacolo che dal concordato derivava all'azione del creditore. Tolto l'ostacolo, il creditore non agisce in base alla sentenza di risoluzione, ma in base alla decisione che riconobbe giudizialmente il suo credito, la quale di regola sarà l'ordine del giudice delegato (art. 762_1 e 763_3) o la sentenza del giudice (art. 763_4) o del tribunale (art. 765) che lo ammise al passivo. E da queste decisioni nessuna ipoteca è sôrta. Solo nel caso in cui il credito sia fatto valere *dopo la chiusura del fallimento* ed il riconoscimento giudiziale si sia ottenuto *dopo questa chiusura*, ed eventualmente, nella stessa sentenza di risoluzione, si può dubitare se la decisione relativa produca ipoteca giudiziale. E noi crediamo di sì, perchè, finita la procedura di fallimento, nulla impedisce che singoli creditori acquistino diritti di preferenza sui beni del debitore.

(38) V. num. 85 e seg.

dei creditori. La condizione risolutiva tacita assume dunque, necessariamente, nel concordato, una particolare fisonomia: le obbligazioni del debitore, che sono indipendenti dal concordato, non possono essere toccate dall'inadempimento dei creditori: ma è giusto invece che le obbligazioni dei creditori siano sottoposte alla condizione risolutiva dell'inadempimento delle obbligazioni del debitore, preesistenti al concordato, modificate nel concordato. A ciò si aggiunga che il caso dell'inadempimento dei creditori è difficilmente configurabile in pratica: e che il debitore manca totalmente d'interesse a chiedere la risoluzione del concordato, e ci si spiegherà a sufficienza perchè, nel sistema della legge, *solo l'obbligazione dei creditori è sottoposta alla condizione risolutiva dell'inadempimento da parte del debitore delle obbligazioni precedenti, modificate nel concordato.* Ma se solo l'obbligazione dei creditori è sottoposta alla condizione risolutiva, ne consegue necessariamente che il verificarsi della condizione rimetterà le cose al pristino stato *solo rispetto alla obbligazione dei creditori*, non anche rispetto agli obblighi che dal concordato derivano al debitore ed ai terzi, per le garanzie prestate. La legge è stata dunque perfettamente logica. Le garanzie sono date alle *antiche obbligazioni* che la risoluzione non soltanto non tocca, ma fa rivivere intere: nulla di più naturale che rimangano intatte, anche quando l'obbligazione dei creditori è risoluta (39).

274. Il creditore che vuol domandare la risoluzione dovrà rivolgersi preventivamente ai garanti? Oppure potrà domandare la

(39) Le giustificazioni che gli autori dànno della regola dell'art. 843, sono varie. Chi dice avere la legge derogato ai principî generali per *ragioni di opportunità* (**Guariglia**, *Concord.*, pag. 296): chi giustifica la deroga, perchè le garanzie sono date appunto in previsione del caso in cui il debitore venga meno ai proprî doveri (**Vidari**, *Corso*, IX, num. 8621): chi spiega il mantenimento delle garanzie come un effetto della obbligazione al risarcimento dei danni derivante dall'inadempimento (**Thaller**, *Traité élém.*, num. 2112; — **Boistel**, *Cours*, num. 1059; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 649). — Ma la prima spiegazione non è una spiegazione; la seconda non tien conto della circostanza che se il creditore ha domandato la risoluzione del contratto, vuol dire che non ha voluto costringere il debitore e i suoi garanti alla esecuzione (art. 1165 Cod. civ.), e quindi che ha rinunziato a servirsi delle garanzie; la terza infine, destina a risarcire i danni derivanti dall'inadempimento una garanzia che si rivelò insufficiente ad impedire l'adempimento.

risoluzione, appena constatato l'inadempimento del debitore? Nulla impone al creditore di escutere i garanti, come nulla gli impone di realizzare le garanzie, prima di chiedere la risoluzione. Per il diritto comune, la parte, verso cui non fu eseguita la obbligazione, ha la scelta o di ottenere la esecuzione coattiva, o di domandare lo scioglimento del contratto (40). Appunto perchè *ha la scelta* tra questi due mezzi posti a sua disposizione dall'ordinamento giuridico, non è affatto necessario, perchè possa servirsi dell'uno, che abbia prima ricorso inutilmente all'altro: in ispecie, non è necessario, perchè possa chiedere la risoluzione, che abbia prima cercato inutilmente di ottenere l'adempimento, escutendo il debitore, realizzando le garanzie, rivolgendosi ai fideiussori. Ciò è di tutta evidenza, perchè la *mora* del debitore è sufficiente per giustificare la domanda di risoluzione. Ora, se nel diritto comune, raramente avverrà che si appigli senz'altro al secondo mezzo posto a sua disposizione dalla legge (risoluzione del contratto), il creditore garantito da un pegno, una ipoteca o una fideiussione solida, perchè la garanzia gli assicura senz'altro l'adempimento dell'obbligazione; il creditore concordatario normalmente farà il contrario, sicuro come è che ad ogni modo, non perderà mai la garanzia. Ma ciò non implica che egli debba esercitare il diritto di domandare la risoluzione solo *dopo* l'altro di ottenere la esecuzione del contratto, perchè anche a lui spetta *la scelta tra l'esecuzione e la risoluzione* (41). E l'adempimento essendo possibile fino a che la sentenza pronunciante la risoluzione non è passata in cosa giudicata, potrà fino ad allora il garante, intervenendo spontaneamente, pagare il creditore ed evitare la risoluzione.

Le garanzie sopravvissute alla risoluzione, continuano a garantire solo la parte di credito, per la quale furono costituite, quella cioè che il concordato aveva lasciato intatta, non già anche la parte già rimessa e risorta colla risoluzione (42).

---

(40) Art. 1165 Cod. civ.: cfr. **Zachariä-Crome**, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, § 282, nota 37; — e più ampiamente: **Crome**, *Die Grundlehren*, § 16, *sub* VI.

(41) **Vidari**, *Corso*, num. 8622; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 336; — **Bédarride**, *Faill.*, II, num. 644. — Contr. **Cuzzeri**, num. 972.

(42) Trib. Trani, 9 settembre 1890, *Riv. di giurispr.*, 1891, 201; — Cass. Napoli, 26 marzo 1897, *Mon.*, 1896, 742.

275. Quali sono gli effetti che la risoluzione produce quanto alla *procedura di fallimento*? Che la risoluzione *individuale* non abbia l'efficacia di richiamare in vita la procedura già chiusa, è evidente, appena si consideri che la risoluzione parziale opera solo rispetto al creditore che l'ha domandata, ma fa restare integro il concordato, rispetto a tutti gli altri creditori. Non solo dunque, per effetto della risoluzione parziale, non si riapre l'antica procedura, ma per aprirne una nuova, bisogna dimostrare l'esistenza di quei requisiti che sono necessari per la dichiarazione di fallimento di qualunque debitore non concordatario: cioè la qualità di commerciante e la cessazione dei pagamenti. Se ciò non avviene, la massa non risorge, nè risorgono quei diritti che la legge stabilisce esclusivamente a favore della massa (art. 707, 709 Codice commerciale) (43).

Diversamente è invece per la *risoluzione collettiva*. Risolto il concordato, lo *stato patrimoniale obiettivo* di fallimento risorge, e la *riapertura del procedimento già chiuso* è possibile. Ciò non significa però — come fu qualche volta affermato — che la procedura fallimentare con tutte le sue conseguenze, riunione dei creditori in massa, spossessamento, incapacità e decadenze civili e politiche, ritorni in vita *ipso iure* (44). Il concordato, in quanto modificando la condizione patrimoniale del debitore, aveva fatto cessare lo *stato patrimoniale di fallimento*, ed aveva dato luogo alla chiusura del procedimento, è venuto meno: lo stato patrimoniale di fallimento è dunque risorto ed è giusto che ritorni in vita la procedura già chiusa. Ma vi è un ostacolo a che il procedimento si riapra *ipso iure*, per solo effetto del ritorno dello stato obiettivo di fallimento: ed è che nella nostra legge, *lo stato patrimoniale di fallimento non dà luogo mai* ipso iure *alla procedura di fallimento*. Lo dimostra l'art. 683 che fa dipendere l'apertura del procedimento dalla dichiarazione di fallimento: lo dimostra l'art. 815, che esige una pronuncia giudiziale per far riaprire il procedimento chiuso per *avvenuta ripartizione dell'attivo*: lo dimostra l'art. 817 che richiede

---

(43) Cass. Napoli, 7 luglio 1892, *Foro*, 1893, 17; — A. Torino, 31 dicembre 1894, *Temi gen.*, 1895, 245; — Trib. Genova, 12 maggio 1896, *Temi gen.*, 1896, 414; — Trib. Palermo, 27 maggio 1898, *Circ. giur.*, 1898, 217; — A. Bologna, 18 aprile 1898, *Mon. giur. Bologna*, 1898, 188.

(44) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 297.

una sentenza per far riaprire il procedimento cessato *per insufficienza d'attivo:* — lo dimostra infine l'art. 844 che richiama espressamente l'art. 815, nel caso di risoluzione e di annullamento. L'unico effetto che produce la risoluzione totale è di far ricadere il debitore nello *stato patrimoniale di fallimento*, che per sè non produce conseguenze giuridiche speciali, se la procedura non si riapre: ma dà diritto ad ogni interessato di *ottenere la riapertura del procedimento.* Riaperto il procedimento, si ricostituisce la massa, il fallito è spossessato di nuovo, l'amministrazione del fallimento si riorganizza: effetti tutti che non si possono ottenere, se non con una speciale pronuncia del giudice (45).

276. L'azione di risoluzione si prescrive in due anni: il ter-

(45) Secondo il *Code de commerce*, questa pronuncia deve essere emessa d'ufficio dal tribunale, colla stessa sentenza che dichiara la risoluzione (art. 522). Il nostro Codice richiede una speciale sentenza, pronunziata su presentazione di quella che risolve il concordato (art. 844). Questa innovazione che risale al Codice del 1865 (art. 637) fu vivamente censurata (**Guariglia**, *Concord.*, pagine 288 e 289). — Si è detto che per effetto di questa innovazione " può succedere oggi, che annullato o risoluto il concordato, niuno curi di presentare la sentenza che ciò dispone al tribunale, ed il debitore non sarà concordatario, ma non sarà nemmeno sotto procedura di fallimento: sarà incapace di amministrare i suoi beni e stare in giudizio, e non vi sarà chi amministri per lui e lo rappresenti, ed altre anomalie di questo genere ". Queste censure provano ancora una volta quanto sia pericoloso il voler fare la critica della legge, prima di averla bene e coscienziosamente interpretata. Non è affatto vero che il debitore concordatario, di cui sia annullato o risolto il concordato, sia incapace di amministrare, o non possa stare in giudizio. Egli si trova nella precisa identica posizione del fallito, di cui sia stata chiusa la procedura di fallimento per avvenuta ripartizione o per mancanza di attivo: il quale, pur potendo ad ogni istante essere di nuovo sottoposto alla procedura di fallimento, pur restando sotto il peso delle decadenze civili e politiche che colpiscono il debitore dichiarato in fallimento, rientra nella piena capacità di amministrare (se ha qualche cosa da amministrare) e di stare in giudizio. Egli è che la così detta, erroneamente, *incapacità del fallito*, non è una incapacità, ma un semplice effetto dello *spossessamento* operato a favore della *massa*, per cui, privato del possesso dei suoi beni, nei quali i creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento acquistano il diritto di soddisfarsi ad esclusione di ogni altro, il debitore è messo nella impossibilità di pregiudicare coi suoi atti i creditori componenti la massa, che sono sempre in diritto di disconoscerli. Ma e spossessamento, e costituzione della massa non possono avvenire se non in forza di una speciale pronuncia del giudice.

mine decorre dalla scadenza dell'ultimo pagamento da farsi dal fallito secondo il concordato (art. 922). E poichè nel concordato non si possono stabilire termini diversi per i diversi creditori, senza violare il principio della parità di trattamento, la scadenza dell'ultimo pagamento, sarà il termine stabilito per il pagamento dell'ultima rata, colla quale si completa il soddisfacimento della percentuale promessa nel concordato (46). Il termine di cui si tratta è un vero termine di prescrizione, non un termine di decadenza: la prescrizione dell'azione di risoluzione, come ogni altra prescrizione, ha il suo fondamento giuridico nella *inazione* del titolare del diritto; e perciò non può incominciare, se non quando il creditore, potendo far valere il diritto alla risoluzione, ha tralasciato di servirsene: si applica dunque anche qui il principio: *contra non valentem agere non currit praescriptio.* In conseguenza di ciò:

a) La prescrizione non decorre contro il creditore, il cui credito fu contestato, se non dal giorno in cui passò in giudicato la sentenza che riconobbe il credito (47);

b) La prescrizione non corre contro il creditore privilegiato od ipotecario che ha diritto alla percentuale come incapiente, se non dal giorno in cui la sua incapienza venne definitivamente accertata (48).

§ 2. — **Annullamento.**

277. La solennità delle forme e il rigore delle garanzie che circondano la formazione del concordato: l'accertamento giudiziale

---

(46) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 291.

(47) A. Torino, 31 dicembre 1894, *Temi genov.*, 1895, 245; — Cass. Firenze, 12 novembre 1896, *Dir. comm.*, 1897, 122; — A. Venezia, 7 febbraio 1898, *Temi veneta*, 1898, 196. — Contr. Trib. Genova, 15 novembre 1893, *Temi genovese*, 1893, 731.

(48) A. Catania, 27 novembre 1899, *Dir. comm.*, 1900, 340.

della osservanza delle une e delle altre, e della validità intrinseca del concordato mediante il giudizio di omologazione: il termine di otto giorni lasciato libero ai creditori non assenzienti per impugnare il concordato concluso, prima che l'omologazione possa essere concessa; tutto questo sistema di *tutela preventiva* diligentemente organizzato dalla legge, giustifica la disposizione dell'art. 842_3, colla quale si nega ogni azione di nullità contro il concordato, dopo passata in giudicato la sentenza di omologazione. Il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione segna veramente un termine *perentorio* per l'esercizio delle azioni di nullità spettanti ai creditori, trascorso il quale queste sono colpite da *decadenza*, nè possono più essere esercitate. Nè si può temere che questa decadenza di natura affatto speciale, perchè connessa non al decorso di un termine fisso e predeterminato, ma alla data naturalmente incerta dell'esaurimento di un giudizio, possa colpire alla sprovvista i creditori. La legge ha preveduto e provveduto, concedendo ad essi un termine non minore di otto giorni per fare opposizione (art. 836). Solo dopo questi otto giorni la decadenza può coglierli e l'omologazione sanare irrimediabilmente i vizi del contratto concluso.

278. L'omologazione concessa definitivamente sana adunque, di regola, tutte le nullità da cui può essere viziato il concordato. Una sola eccezione è fatta dal legislatore, e riguarda il caso, in cui il concordato concluso sia stato effetto di dolo da parte del fallito, e il dolo sia consistito nella fraudolenta esagerazione del passivo o dissimulazione di parte dell'attivo (art. 842_1).

Con questa disposizione la legge non ha voluto già aggiungere un'altra sanzione a quelle che l'art. 860 commina in via penale al fallito che, dissimulando parte dell'attivo o esagerando il passivo, si rende colpevole di bancarotta fraudolenta. La nullità che l'art. 842_1 fa derivare da questi fatti criminosi è una difesa concessa ai creditori, non una pena inflitta al fallito. Ciò significa che il *fondamento giuridico* di quella nullità è puramente e semplicemente l'invalidità da cui è colpito il contratto, per effetto del dolo che ha viziato il consenso dei creditori. Che sotto questo aspetto abbia considerato la nullità il legislatore, lo dimostra senz'altro in modo evidente l'art. 922, nel quale, disciplinando la *prescrizione* dell'azione di nullità, la legge stabilisce, che il termine decorre

" *dal giorno della scoperta del dolo* „. Fuori di dubbio è dunque che *la legge in tanto ha ritenuto la dolosa esagerazione del passivo o dissimulazione dell'attivo causa di nullità del concordato omologato, in quanto da quelle fraudolente manovre fu viziato il consenso dei creditori.* Come abbia potuto rimanere viziato, è evidente. Nel concordato non si fa altro che sostituire alla liquidazione forzata del fallimento una definizione privata ed amichevole dei rapporti fra creditori e debitore. Questa definizione è fatta — dicemmo più volte — in base all'attivo probabilmente realizzabile, tenuto conto della entità dei crediti da soddisfarsi: non si tratta in fondo che di una ripartizione amichevole ed anticipata dell'attivo, vantaggiosa così pei creditori che pel debitore. Ora se dolosamente il fallito fa apparire l'attivo minore, o il passivo maggiore di quello che sia in realtà, quella ripartizione si farà sopra basi totalmente erronee, e il consenso dei creditori che vi aderirono dovrà dirsi carpito con dolo.

Dall'aver la legge considerato la fraudolenta dissimulazione dell'attivo o esagerazione del passivo come raggiri dolosi vizianti il consenso dei creditori, derivano alcune importanti conseguenze:

a) La dolosa esagerazione del passivo o dissimulazione dell'attivo non è causa di nullità del concordato se non quando il raggiro sia opera del fallito, o il fallito ne sia complice, o ne abbia dolosamente approfittato. Se l'esagerazione o la dissimulazione furono opera di un terzo e il fallito vi fu totalmente estraneo e non la conobbe, non vi è nullità, perchè il dolo non invalida i contratti, se non quando i raggiri siano stati opera dell'altro contraente (1);

b) La dolosa esagerazione del passivo o dissimulazione dell'at-

---

(1) Principio incontroverso nel diritto civile: arg. Cod. civile, art. 1115; — **Giorgi**, *Obbl.*, IV, num. 101; — **Pacifici-Mazzoni**, *Ist.*, V, num. 61; — **Larombière**, *Obligations*, sull'art. 1116, num. 8; — **Demolombe**, *Cours de Code Napoléon: des obligations et des contrats*, I, num. 186; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 343 *bis*, note 26 e 27; — **Zachariä-Crome**, *Handbuch d. französischen Civilrechts*, II, § 323, nota 22; — **Baron**, *Pandekten*, § 51, pagina 97, *sub* 2; — **Forster-Eccius**, *Preussisches Privatrecht*, I, § 31, pagg. 162 e 163. — A torto perciò **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 327; — e **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 952, ritengono cause di nullità anche la dolosa dissimulazione dell'attivo o esagerazione del passivo dovuta ad un terzo. — Esattamente **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8595; — e **Guariglia**, *Concord.*, pag. 285, parlano solo di *dolo del fallito*.

tivo non annulla il concordato se non quando è stata *causa del contratto*, vale a dire, è stata tale, che senza di essa i contraenti non avrebbero contrattato. Anche questo principio è consacrato esplicitamente dal Codice civile (art. 1115) e deve applicarsi al concordato, essendo evidente che non può annullarsi un concordato, che i creditori avrebbero egualmente acconsentito anche se avessero conosciuto la frode. Ciò che del resto stabilisce anche espressamente l'art. 842_1, richiedendo che la parte dell'attivo dissimulata sia *rilevante*, tale cioè che se i creditori l'avessero conosciuta, non avrebbero consentito i patti che hanno consentito (2);

c) Le manovre fraudolente usate per dissimulare l'attivo o esagerare il passivo debbono essere state tali da trarre in inganno una persona sensata: dimodochè i creditori (o il curatore, loro rappresentante), adoperando una diligenza comune, avrebbero potuto accorgersene e sventarle. Anche qui non vi è che applicazione dei principî del diritto civile sui requisiti del dolo *dans causam contractui* (3).

279. Dove invece il Codice di commercio si allontana dai principî del Codice civile è nella restrizione che esso apporta ai fatti che possono dar luogo all'annullamento del concordato per dolo. Non qualunque raggiro da cui sia stato viziato il consenso dei creditori, ma solo la dolosa dissimulazione dell'attivo o esagerazione del passivo invalidano il concordato omologato. Vi è dunque nella legge non solo limitazione nelle cause generali di invalidità dei contratti, in quanto nè l'incapacità, nè l'errore, nè la violenza autorizzano l'annullamento del concordato omologato, ma anche nell'unica causa di nullità ammessa, cioè il dolo, che non invalida il concordato, se non consiste in quei due fatti determinati indicati tassativamente nell'art. 842 (4).

---

(2) Ottimamente, nel senso del testo: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8596; — e **Guariglia**, *Concord.*, pag. 285. — S'intende perciò che anche la parte del passivo esagerata deve essere rilevante: v. **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 954.

(3) V. **Giorgi**, *Obbl.*, IV, num. 97 e 98; — **Pacifici-Mazzoni**, *Ist.*, V, num. 61; — **Larombière**, *Obligations*, sull'art. 1116, num. 5; — **Aubry** e **Rau**, *Cours de droit civil français*, IV, § 343 *bis*, nota 23. — Cfr. per l'applicazione al concordato: **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8595.

(4) Oltre alla dolosa esagerazione del passivo e dissimulazione dell'attivo nessun altro fatto doloso del debitore autorizza l'annullamento del concordato

Anche in un altro punto il Codice di commercio si allontana dalle norme del diritto civile. Per l'art. 842_1, solo la dolosa esagerazione del passivo o dissimulazione dell'attivo *scoperta dopo l'omologazione* autorizza l'annullamento: non quella scoperta *prima della omologazione.* Il che è giusto. Se il dolo fu scoperto prima della omologazione, — o la nullità venne fatta valere nel giudizio di omologazione, ma il tribunale, ciò malgrado, omologò il concordato; ed allora, sulla nullità essendosi già pronunziato definitivamente il magistrato, non si può permettere che venga di nuovo riproposta; — oppure la nullità non fu fatta valere nel giudizio di omologazione; ed allora è giusto che l'omologazione sani anche questa nullità, giacchè colla loro acquiescenza, i creditori avevano sanato il vizio del consenso derivante dal dolo.

Dissimulazione dell'attivo vi è quando si sottraggono ai creditori beni, che fanno parte dell'attivo del fallimento; quando si nasconde l'esistenza di crediti; quando non si fanno conoscere garanzie che esistono; quando si qualificano come inesigibili crediti di sicura esigibilità, sempre che ai creditori sia difficile controllare l'esattezza delle informazioni date (5).

---

omologato, come non l'autorizzano le altre cause di invalidità dei contratti: A. Lucca, 26 febbraio 1870, *Annali della giur. ital.*, IV, 14; — Cass. Firenze, 24 novembre 1870, *Annali*, IV, 393; — A. Genova, 21 luglio 1873, *Gazz. dei trib.*, XXV, 503; — A. Firenze, 19 maggio 1885, *Foro*, 1885, 1138; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8598; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 951; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 285; — **Cavo**, *Concord.*, num. 107; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 638. — La condanna per bancarotta fraudolenta non annulla più *ipso iure* il concordato, ma può autorizzare l'annullamento, se fu pronunciata per esagerazione del passivo, o dissimulazione dell'attivo. Diversamente nel *Code de commerce*, art. 520. Secondo la *Konkursordnung* germanica ogni specie di *dolo* autorizza l'annullamento del concordato, quando fu causa determinante del consenso dei creditori (§ 106), e la condanna per bancarotta fraudolenta lo annulla *ipso iure* (§ 197): con questo di particolare che nell'uno e nell'altro caso la nullità giova, ma non nuoce ai creditori, i quali conservano tutti i vantaggi accordati loro nel contratto: v. **F. Wach**, *Zwangsvergleich*, pag. 59; — **Kohler**, *Lehrbuch*, pag. 496 e seg.; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 469, *sub* 4; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 447. — Si tratta insomma di una vera *pena* inflitta al fallito, non della rescissione di un contratto nullo per vizi di consenso.

(5) Si ritiene generalmente che la semplice qualificazione di inesigibili, data a crediti esigibili, costituisca dissimulazione di attivo: v. **Vidari**, *Corso*, IX,

Esagerazione del passivo vi è quando si espongono crediti insussistenti, o si esagera l'ammontare dei sussistenti, quando si dànno per garantiti da pegni o ipoteche sull'attivo del fallimento crediti non garantiti: quando si tace di eccezioni, che potrebbero rendere contestabile il credito (6).

280. La domanda di annullamento può essere proposta dal curatore e da qualunque creditore. S'intende che la potranno proporre solo i creditori già componenti la massa, i quali, essendo legati al concordato, sono i soli interessati ad ottenerne l'annullamento: e perciò non solo i creditori chirografari, ma anche gli ipotecarî e privilegiati rimasti incapienti (7). Non potranno chiedere l'annullamento nè il fallito, nè i garanti del concordato: il primo perchè è stato l'autore del fatto doloso e non può certo allegare la sua turpitudine per liberarsi dalla obbligazione: i secondi perchè il loro consenso non è stato viziato dal dolo. La dissimulazione dell'attivo e la esagerazione del passivo, hanno, bensì, vi-

---

num. 8594; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 953; — **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 327. — L'affermazione è troppo assoluta, e contraddice al principio che l'errore in cui le dolose macchinazioni hanno fatto cadere la parte, la quale domanda l'annullamento del contratto, deve essere *scusabile*. Nell'eccesso opposto cade il **Cavo**, *Concord.*, num. 107, il quale ritiene che la qualificazione di inesigibili data a crediti esigibili non costituisca mai dissimulazione di attivo.

(6) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 953; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8594. — Il **Vidari** annovera tra i casi di esagerazione del passivo anche il silenzio su fideiussioni che possano garantire il creditore: o sul fatto che l'obbligazione è in solido con altri creditori pure tenuti a pagarla. Ma a rigore non può dirsi che solo per ciò siasi consumata una esagerazione del passivo, perchè sta di fatto, che il creditore ha diritto di essere ammesso al passivo per l'intiero credito, malgrado la fideiussione e l'obbligazione in solido. Dissimulazione vi sarebbe solo se si nascondesse che il creditore ha prima del fallimento ricevuto dal fideiussore o dal coobbligato il pagamento di parte del debito. Che se, prima, o poi, avesse ricevuto il pagamento dell'intero, pure vi sarebbe dissimulazione, ma per la ragione che il credito essendo stato estinto, sarebbe fatto comparire fittiziamente.

(7) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8589; — **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 957. — Contr. **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 326, il quale pretende che il diritto di domandare l'annullamento spetti a *qualunque creditore*, anche *completamente garantito dal privilegio o dall'ipoteca*, ed invoca la lettera dell'art. 842. — Ma la lettera dell'art. 842 non significa nulla; i creditori *completamente garantiti* sono esclusi dall'azione di nullità, semplicemente perchè *mancano d'interesse*, e nel sistema del diritto vigente *l'interesse è la misura dell'azione* (art. 36 Cod. proc. civ.).

ziato il consenso dei creditori, inducendoli a consentire un concordato che non avrebbero consentito se avessero saputo che le condizioni del fallito erano assai migliori di quanto siasi voluto far apparire, ma non hanno per nulla viziato il consenso dei fideiussori. Se essi hanno acconsentito a garantire il concordato, credendo le condizioni patrimoniali del debitore peggiori di quelle che erano, non possono certo lagnarsi quando vengono a scoprire che sono, in realtà, migliori (8).

281. La domanda di annullamento deve essere proposta in contradittorio del fallito, e se è proposta da un creditore, nel giudizio deve esser chiamato il curatore (art. 842_1). Competente a conoscerne è il tribunale del fallimento, come risulta dalla lettera della legge, e come dimostrammo a proposito della risoluzione (9). La sentenza che pronuncia sulla domanda di annullamento, come quella che pronuncia sulla domanda di risoluzione, non è appellabile (10).

282. Pronunziato l'annullamento, anche ad istanza di un singolo creditore, il concordato è rescisso rispetto a tutti: il dolo risultante dalla esagerazione del passivo o dalla dissimulazione dell'attivo, ha viziato il consenso di tutti i creditori componenti la maggioranza che votò il concordato ed ha invalidato perciò tutto il contratto. Dando a ciascun creditore il diritto di ottenere l'annullamento, la legge lo costituisce rappresentante di tutti i creditori.

Annullato il contratto, tutti coloro che vi hanno partecipato restano liberati: anche i fideiussori intervenuti a garantire le obbligazioni del fallito, i quali, benchè manchino di interesse per *domandare* la risoluzione, ne approfittano quando essa è pronunciata (art. 842_2). Il dolo è un vizio che invalida il contratto fin dall'origine: e l'annullamento che ne deriva colpisce necessariamente tutto il contratto, il quale cade appunto perchè si dimostra nullo il consenso dato da uno dei contraenti. Non si riproduce più dunque

(8) Conforme al testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 958. — Contr. l'opinione isolata del **Masè-Dari**, *Comm.*, pag. 329.
(9) V. num. 266.
(10) V. num. 271.

la posizione di fatto che si ha nel caso di risoluzione per inadempimento, in cui l'inadempimento è un *fatto sopravvenuto* che fa cadere la sola obbligazione del creditore leso dall'inadempimento, o di tutti i creditori, se fu lesa la maggioranza. Qui invece, dichiarato valido fin dall'origine il consenso di una delle parti, il contratto vien meno, anche restando valido il consenso dell'altra parte. Cadendo per intero il contratto, i fideiussori non solo restano liberati per l'avvenire, ma possono ripetere come indebitamente pagate, le somme che avessero per avventura sborsate ai creditori. Poichè l'annullamento ha effetto retroattivo, non si può permettere ai creditori di ritener somme, pagate dai fideiussori, in base a un titolo riconosciuto nullo (11).

Neanche l'annullamento produce *ipso iure* la riapertura del fallimento, come non la produce *ipso iure* la risoluzione totale (12). Occorre che dal curatore, da un creditore, o dal fallito stesso venga presentata al tribunale la sentenza di annullamento, in base alla quale il procedimento viene riaperto (art. 844_1).

283. L'azione di annullamento si prescrive come quella di risoluzione, in due anni: il termine decorre dal giorno della scoperta del dolo (art. 922).

---

(11) **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 963; — **Guariglia**, *Concord.*, pag. 293; — **Bédarride**, *Faill.*, II, num. 632. — Contr. **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8616.

(12) V. sopra, num. 275.

CAPITOLO VII.

La riapertura del procedimento e la dichiarazione di un secondo fallimento.

Sommario: 284. Riapertura del procedimento dopo la risoluzione totale e l'annullamento: chi può domandarla. — 285. Natura e carattere della riapertura. — 286. Come avviene la ripresa delle operazioni del fallimento. — 287. Efficacia degli atti compiuti dal debitore dopo la chiusura del fallimento e prima dell'annullamento e risoluzione del concordato. — 288. Concorso dei creditori già concordatari coi creditori nuovi. — 289. Dichiarazione di un secondo fallimento senza annullamento nè risoluzione del concordato. — 290. Effetti della dichiarazione rispetto al concordato e ai creditori concordatari.

284. La risoluzione totale e l'annullamento, se non producono *ipso iure* la riapertura del procedimento, danno però diritto ad ogni interessato di domandarla. Il tribunale, sulla presentazione della sentenza che annulla o risolve il concordato, ordina la riapertura del procedimento, richiama in ufficio il giudice delegato ed il curatore, o li nomina di nuovo, e provvede per la custodia e l'amministrazione del patrimonio esistente e per la liquidazione di esso e delle passività sopravvenute, secondo le norme date dalla legge nel caso di dichiarazione di fallimento (art. 844 e 815).

Si è affermato che la riapertura non può ottenersi, se non ne faccia domanda il debitore, offrendo ai suoi creditori il pagamento almeno di un altro decimo dei loro crediti, e dando cauzione per le spese (1). Questa opinione si fonda sul richiamo che l'art. 844 fa dell'art. 815, nel quale, disciplinandosi la riapertura del procedimento chiuso per ripartizione dell'attivo, si stabilisce appunto che occorre una domanda del debitore, accompagnata dall'offerta del decimo e dalla cauzione. Ma questo richiamo non ha l'importanza che gli si vuole attribuire. La legge non richiama integralmente tutta la disposizione del capoverso primo dell'art. 815; ma si limita a stabilire che " sulla presentazione della sentenza che an-

---

(1) **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8624.

nulla o risolve il concordato, *il tribunale provvede* secondo le disposizioni del primo capov. dell'art. 815 „. Adunque solo i *provvedimenti del tribunale* debbono regolarsi a norma dell'art. 815, non già la domanda, sulla quale il tribunale deve provvedere. Circa la domanda, la legge dice soltanto che deve farsi mediante presentazione della sentenza che annulla o risolve il concordato. Si può forse deplorare che il legislatore non abbia prescritto al tribunale che pure ha pronunciato l'annullamento o la risoluzione, di provvedere, colla stessa sentenza, alla riapertura del procedimento. Ma dal fatto che la legge abbia richiesto una sentenza separata, non si può dedurre anche che la sentenza possa emettersi solo a domanda del fallito, pareggiando il caso della riapertura per annullamento o risoluzione del concordato a quello ben differente della riapertura per avvenuta ripartizione dell'attivo. Accertato il passivo, e liquidato l'attivo, e ripartito questo tra i creditori, la procedura di fallimento manca di oggetto e deve necessariamente chiudersi: ma permangono gli effetti *personali* della dichiarazione di fallimento, incapacità e decadenze civili e politiche, ecc. Le quali conseguenze non possono cessare che o mediante il pagamento integrale dei creditori: o mediante il concordato. Ecco dunque il debitore e soltanto il debitore interessato alla riapertura del fallimento, appunto per addivenire al concordato, non i creditori i quali ripartito l'attivo, non hanno più alcun interesse a rimettere in vita una procedura collettiva che per loro oramai mancherebbe totalmente di scopo. Ma, d'altro canto, se il debitore vuole la riapertura del procedimento, deve rendere possibile il procedimento: deve cioè offrire ai creditori una somma che possa costituir l'attivo del fallimento riaperto: deve poi offrir cauzione per le spese del procedimento riaperto nel suo esclusivo interesse. Tutto ciò non è nel caso di annullamento o risoluzione del concordato. In questo caso non vi è stata affatto ripartizione totale dell'attivo, l'attivo essendo ritornato al debitore colla conclusione del concordato: i creditori hanno grande interesse alla riapertura del procedimento, mentre minimo interesse vi ha il debitore; sarebbe perciò altrettanto illogico in questo caso, riservare al solo debitore il diritto di far riaprire la procedura di fallimento, quanto era logico riservarglielo nel caso della avvenuta ripartizione dell'attivo (2).

---

(2) Nel senso del testo: **Cuzzeri**, *Comm.*, num. 978.

285. La riapertura del procedimento importa la risoluzione di tre ordini di questioni: *a)* come debba essere richiamato in vita l'organismo del fallimento già chiuso; e come debba avvenire la ripresa delle operazioni del fallimento; — *b)* quale sia la efficacia degli atti compiuti dal debitore dopo la chiusura della procedura di fallimento e prima dell'annullamento o la risoluzione del concordato; — *c)* per qual somma debbano i creditori già concordatari essere ammessi al passivo del fallimento e come si regoli il loro concorso coi creditori nuovi, sorti dopo la chiusura del fallimento, e prima della risoluzione o dell'annullamento.

Tali questioni debbono risolversi tenendo presente che la riapertura del procedimento *non è una pura e semplice continuazione del procedimento già chiuso nelle stesse condizioni in cui fu chiuso.* Nell'intervallo, nuovi beni possono essere stati legittimamente acquistati dal fallito, nuovi debiti legittimamente contratti, che hanno modificato le condizioni dell'attivo e del passivo. Non più i soli antichi creditori avranno diritto di concorrere sul patrimonio del fallito, ma gli antichi creditori ed i nuovi: e questi ultimi non avranno già diritto ai soli beni acquistati *dopo* la chiusura del fallimento, ma a tutti i beni del fallito. Rispetto a questi nuovi creditori adunque la riapertura del fallimento produce gli effetti di una *dichiarazione di fallimento:* con questo solo, che il nuovo fallimento si compenetra e s'innesta col primo, formando un unico procedimento, con un'unica massa, in base al principio che non possono darsi contemporaneamente due fallimenti della stessa persona: ciò che i francesi esprimono colla frase: *faillite sur faillite ne vaut.* Se dunque *processualmente* il procedimento che si riapre è l'antico, *sostanzialmente* i diritti che nel procedimento si fanno valere non sono identici agli antichi: si ha dunque *riapertura dell'antico procedimento con costituzione di una nuova massa attiva e passiva* (3).

286. *a)* Poichè *processualmente* il procedimento che si riapre è l'antico, gli organi dell'antico procedimento sono richiamati in

(3) Cfr. **Oetker**, *Konkursrechtliche Fragen, II. Zwangsvergleich und Wiederaufnahme des Konkurses,* nei *Festgabe der Rostocker Juristenfakultät zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Bernhard Windscheid,* Rostock, 1888, pag. 73; — **Kohler**, *Lehrbuch,* pag. 502 e seg.; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht,* pagina 449; — **Wilmowski**, *Konkursordnung,* pag. 472.

vita: il tribunale deve perciò richiamare in ufficio il curatore ed il giudice delegato del fallimento già chiuso, in quanto sia possibile: se non è possibile, ne nomina dei nuovi (art. 844 e 815). Ma che dire della delegazione dei creditori? A noi sembra che debba essere nominata di nuovo, perchè nuovi creditori sono entrati a far parte della massa, i quali anche hanno diritto ad avere la loro rappresentanza nella delegazione.

Tutti gli atti dell'antica procedura hanno efficacia, in quanto la condizione di fatto non sia stata mutata dopo la chiusura del procedimento. E perciò:

α) Non è necessario fare un nuovo inventario: la composizione dell'attivo risulta dall'inventario antico: al quale dovrà però aggiungersi un *inventario supplementare* per tener conto delle variazioni avvenute.

β) Non è necessaria una nuova verificazione per i crediti già verificati nel procedimento antico: si dovrà però tener conto dei pagamenti avvenuti, per eliminare o ridurre i crediti, che fossero stati totalmente o parzialmente estinti.

Ma, al contrario, dovranno farsi *ex novo* tutti gli atti di procedura resi necessari dal *nuovo spossessamento* di cui è oggetto il patrimonio del debitore, e dalla *ricostituzione della massa creditoria* integrata dal concorso dei creditori *posteriori alla chiusura del fallimento antico*. E perciò:

α) Dovranno di nuovo apporsi i sigilli ai magazzini, ai banchi, agli uffici, alle casse, ai portafogli, ai libri, alle carte, ai mobili ed agli altri effetti del fallito (art. 734).

β) Dovrà il curatore, completato l'inventario, costituirsi di nuovo depositario giudiziale delle merci, del danaro, dei titoli di credito, dei libri, delle carte, e dei mobili ed altri oggetti del fallito (art. 742).

γ) Dovrà il tribunale stabilire un nuovo termine per la dichiarazione dei crediti nuovi, e dovrà il curatore compilare un nuovo elenco dei creditori del fallimento (art. 691 e 744).

δ) Dovrà procedersi ad una nuova verificazione dei crediti posteriori alla chiusura del fallimento antico.

287. *b)* Poichè gli atti del fallito dopo la chiusura dell'antico fallimento sono *legittimamente compiuti*, essendo stati compiuti quando la massa era disciolta, lo spossessamento cessato, la procedura di

fallimento finita, il sopravvenire della riapertura del procedimento non può farli cadere. La legge avrebbe forse potuto, almeno per quelli compiuti nel periodo di tempo *immediatamente* precedente la riapertura, considerarli come avvenuti in *periodo sospetto* e colpirli a norma degli art. 707 e 709; essa ha preferito invece tenerli per completamente validi, salvo il caso di *frode dimostrata* (art. 844_2). E giustamente. Lungi dal costituire una efficace difesa per i creditori, la presunzione di frode che avesse colpito gli atti di ogni fallito concordatario, in caso di riapertura del procedimento, avrebbe reso talmente diffidenti i terzi verso il debitore, da paralizzarne completamente l'azione, rendendogli impossibile la ripresa degli affari, e, quindi, in ultima analisi, il soddisfacimento degli stessi creditori. Sarebbe stato il colmo della contraddizione rimettere il debitore alla testa degli affari, e contemporaneamente, impedirgli di continuare gli affari (4). Gli atti dunque compiuti dal debitore dopo l'omologazione del concordato e prima dell'annullamento o della risoluzione, non possono revocarsi, se non colle norme della *pauliana* civile (art. 1235 Cod. civ.).

288. *c)* Quanto alla partecipazione dei creditori concordatari nella nuova massa del fallimento ed al loro concorso coi creditori posteriori, l'art. 845 dispone: " I creditori anteriori al concordato rientrano nell'integrità dei loro diritti rispetto al fallito solamente, ma non possono partecipare alla massa, salvo che nelle seguenti proporzioni: se non hanno riscossa veruna parte del dividendo, per la totalità dei crediti; se ne hanno riscossa una parte, per la quantità del primitivo credito corrispondente a quella del dividendo promesso e non riscosso ". La legge adunque distingue i rapporti tra *i creditori antichi e il fallito*, dai rapporti tra *i creditori antichi ed i nuovi*. Nei *rapporti tra i creditori antichi e il fallito*, il concordato essendo venuto completamente meno, non si può non riconoscere ai creditori il diritto di *reclamare la totalità dei crediti*, detratte, s'intende, solo le somme ricevute a titolo di dividendo. Nei rapporti invece *tra i creditori antichi ed i nuovi*, la legge ha considerato che questi ultimi, nel venire in rapporti di credito col fallito, hanno contato sull'alleggerimento del passivo del loro debitore pro-

---

(4) Cfr. **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2115 e 2116; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 646; — **Guariglia**, *Concord.*, pagg. 299 e 300.

dotto dal concordato stipulato, ed ha concluso che non è giusto sottrarre loro totalmente quella parte dell'attivo del debitore su cui avevano contato e che, senza loro colpa, sarebbe ora assorbito dai crediti antichi, risorti integralmente. Essa ha cercato perciò un temperamento equitativo. Ha stabilito che il creditore concordatario il quale non ha ricevuto alcuna parte del dividendo, ha diritto di essere ammesso al passivo per l'intiero credito primitivo: per lui, che non ha mai ricevuto nulla, il concordato si considera come mai esistito. Ma il creditore concordatario invece, il quale ha riscosso una parte del dividendo, non può essere ammesso al passivo che per il credito primitivo, diminuito di una parte *proporzionale a quella del dividendo riscossa.* Se il suo credito era di 100, e il concordato gli dava diritto a un dividendo del 50 %, del quale ha ricevuto la metà, cioè il 25, poichè questo 25 rappresenta la metà del dividendo, egli non potrà essere ammesso al passivo che per la *metà del credito.* Ciò significa che *la legge conserva al dividendo pagato, nei rapporti coi creditori nuovi, l'effetto liberatorio che aveva nel concordato:* alla parte del dividendo pagato si attribuisce l'efficacia di rappresentare, come la rappresentava secondo il concordato, una parte proporzionalmente corrispondente dell'intero credito.

Deve adunque, per l'art. 845, distinguersi il caso, in cui concorrano solo creditori antichi, dal caso in cui concorrano creditori antichi e creditori nuovi:

α) Se concorrono solo creditori antichi, ognuno sarà ammesso al passivo per l'importo del credito primitivo, *detratte le sole somme effettivamente ricevute a titolo di dividendo concordatario.*

β) Se concorrono creditori antichi e creditori nuovi, i creditori antichi non saranno ammessi al passivo che per *l'importo dell'antico credito, diminuito di una somma equivalente a quella che, secondo il concordato, rappresentavano le somme ricevute a titolo di dividendo.* Ma restando tuttavia integri i diritti dei creditori antichi rispetto al fallito, chiuso il fallimento, questi sarà tenuto ancora non solo per la differenza tra la somma per cui il credito fu ammesso al passivo e la somma ricavata dalle ripartizioni, ma anche per la differenza tra la somma ricevuta effettivamente a titolo di quota concordataria, e la somma che questa rappresentava, secondo il concordato, sul totale del credito primitivo. Se ad esempio, il creditore primitivo di 100, che ha stipulato un concordato al 50 %,

avendo ricevuto 25 a titolo di rata concordataria, è stato ammesso al passivo solo per 50, e dalla ripartizione ha ricavato 30, avrà diritto, chiuso il fallimento, non solo a 20, ma anche agli altri 25, differenza tra 50, parte del credito che si è reputata estinta nei rapporti fra creditori antichi e creditori nuovi, e 25, somma effettivamente ricevuta: di talchè, in totale avrà diritto ancora non a 20, ma a 45. Egualmente, se si stipulerà un nuovo concordato, egli avrà diritto alla percentuale concordataria non solo sulla somma per cui fu ammesso al passivo, ma sull'intiero credito, detratte le somme *effettivamente ricevute*. E ciò perchè quel limitato effetto che, malgrado l'annullamento o la risoluzione, la legge conserva al concordato, non opera che *nei rapporti fra creditori vecchi e creditori nuovi concorrenti nella procedura di fallimento sull'attivo del debitore* (5).

289. Può darsi che, prima della completa esecuzione del concordato, ma indipendentemente dal suo annullamento o dalla sua risoluzione, venga dichiarato un nuovo fallimento. Questa ipotesi della dichiarazione di un nuovo fallimento senza annullamento o risoluzione del concordato, può verificarsi in due casi:

a) Quando il debitore si sia reso bensì inadempiente verso i creditori concordatari, ma non sia possibile ottenere la risoluzione totale, o perchè l'inadempimento fu solo parziale, o perchè non si raccolse la maggioranza di legge (art. 843), o perchè l'azione di risoluzione è prescritta (art. 922);

b) Quanto il debitore non si sia reso inadempiente verso i creditori concordatari, ma verso i nuovi creditori, che ne provochino così la dichiarazione di fallimento.

In ambedue questi casi, il fallimento non può dichiararsi, se non concorrono gli estremi voluti dalla legge per la dichiarazione del fallimento di qualunque debitore anche non concordatario (6), e cioè:

---

(5) Questo sistema del Codice vigente, che anche lo *Schema* **Mortara** accoglie (art. 840), e che seguono il *Code de commerce*, art. 526 e la legge belga, art. 527; non si trova nella *Konkursordnung* germanica, § 200, e nella C. O. austriaca, § 241 e seg., le quali ammettono i creditori antichi al passivo per l'ammontare non ancora estinto dei crediti originari: v. **Kohler**, *Lehrb.*, pag. 502 e seg.; — **Oetker**, *Konkursrechtliche Fragen*, pag. 83; — **Wilmowski**, *Konkursordnung*, pag. 473; — **Seuffert**, *Konkursprozessrecht*, pag. 451.

(6) A. Torino, 20 giugno 1893, *Foro*, 1893, 1324; — A. Bologna, 18 aprile 1898, *Mon. giur. di Bologna*, 1898, 188.

a) La qualità di commerciante nel debitore. Se l'ex fallito, chiuso il fallimento, si è ritirato dal commercio, il fallimento non potrà essere dichiarato che entro i cinque anni, purchè la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo nell'anno successivo, per debiti dipendenti dall'esercizio del commercio;

b) La cessazione dei pagamenti per obbligazioni commerciali: a meno che il fallito non domandi egli stesso la dichiarazione di fallimento.

Come i *requisiti* per la dichiarazione di questo secondo fallimento sono gli stessi di quelli occorrenti per la dichiarazione di qualunque fallimento, così la procedura segue colle norme consuete. Bisogna tener presente che è un *fallimento nuovo:* e che tutti gli atti, benchè per avventura abbiano potuto esser fatti in un anteriore fallimento, debbono rifarsi *ex novo*, perchè nessun legame corre tra i due fallimenti, l'uno diverso ed indipendente dall'altro. In questo secondo fallimento si farà una nuova verificazione dei crediti, un nuovo inventario, si nominerà un nuovo giudice delegato, un nuovo curatore. Si stabilirà di nuovo la data della cessazione dei pagamenti, e si annulleranno gli atti del debitore posteriori a questa data a norma degli art. 707 e 709.

290. Ma quale sarà la sorte del concordato concluso nel precedente fallimento e non ancora eseguito? Quale sarà la condizione giuridica degli antichi creditori concordatari? L'art. 845_5 stabilisce che, quando sia dichiarato un secondo fallimento senza che sia stato annullato o risoluto il concordato anteriore, si applicano le disposizioni dello stesso art. 845 regolanti il concorso dei creditori vecchi coi creditori nuovi, e la partecipazione di quelli alla massa del fallimento. Vale a dire che se i creditori antichi non hanno riscosso alcuna parte del dividendo, sono ammessi al passivo per la totalità dei crediti; se ne hanno riscosso una parte, per la quantità del rispettivo credito corrispondente a quella del dividendo promessa e non riscossa. Precisamente come nel caso di annullamento e risoluzione. Ciò significa che, per la legge, la dichiarazione di un nuovo fallimento risolve *ipso iure* il concordato. Gli autori giustificano questa disposizione legislativa affermando che il nuovo fal-

(7) **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2121; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 650; — **Guariglia**, *Concord.*, pagg. 303 e 304.

limento impedisce l'esecuzione del concordato che si trova perciò solo risoluto (8). Ciò può essere vero in Francia, dove l'azione di risoluzione dura trent'anni e quindi la risoluzione per inadempimento può certamente ottenersi sempre per il solo fatto del secondo fallimento che rende impossibile l'esecuzione del concordato. Ma in Italia l'azione di risoluzione del concordato si prescrive in due anni (art. 922), mentre, se il debitore ha continuato il commercio dopo chiuso il primo fallimento, la dichiarazione del nuovo fallimento può avvenire anche dopo trascorsi i due anni. In questo caso potrà darsi la strana conseguenza della risoluzione per inadempimento di un concordato, contro cui è prescritta l'azione di risoluzione per inadempimento.

I garanti del concordato continuano ad essere tenuti, malgrado la risoluzione. Trattasi anche qui di risoluzione per inadempimento, e devono applicarsi le disposizioni dell'art. 843 (9).

---

(8) **Guariglia**, *Concord.*, pag. 304; — **Lyon-Caen** e **Renault**, *Traité*, VII, num. 651; — **Thaller**, *Traité élém.*, num. 2121; — **Vidari**, *Corso*, IX, num. 8633.

(9) Conforme al testo: **Guariglia**, *Concord.*, pag. 304; — **Lyon-Caen** e **Renault** *Traité*, VII, num. 651.

Sezione Seconda

Il concordato preventivo.

CAPITOLO I.

Esposizione e critica dei varî sistemi legislativi di procedura preventiva.

Sommario: 291. Scopo e ragione d'essere di una procedura preventiva nelle legislazioni dei paesi latini e in Inghilterra. — 292. Classificazione delle legislazioni che ammettono una procedura preventiva in tre categorie: — 293. *a*) sistema francese; — 294. *b*) sistema belga-svizzero; — 295. *c*) sistema inglese. — 296. Critica di questi sistemi e delle singole legislazioni che vi appartengono: critica del sistema francese. — 297. Critica del sistema belga-svizzero del concordato preventivo. — 298. Critica del sistema inglese. — 299. Risultati.

291. Se l'istituto del fallimento, nella sua essenza e nel suo scopo principale, è l'organizzazione di una procedura collettiva diretta ad ottenere la comunione della perdita, e la ripartizione di essa fra i creditori sulla base dell'uguaglianza, vero è altresì che nel concetto, nelle tradizioni e nel costume di tutti i popoli latini al fallimento si assegna anche una funzione di *tutela preventiva* contro il verificarsi dell'insolvenza e della perdita. Si vuole che il fallimento si presenti circondato da tali decadenze civili e sanzioni di natura penale, organizzato così completamente sulla base del sospetto, considerato così esclusivamente dalla legge e dalla opinione pubblica come un rimedio diretto a colpire la frode, che il solo timore di esporsi a queste conseguenze agisca come freno salutare sulla condotta dei debitori. Il fallimento è, quindi, necessariamente, oltre che una legge di uguaglianza, anche una legge di rigore e di sospetto. Ma se il rigore è salutare e benefico come freno contro gli abusi del credito, ad esso sono, d'altro canto, connessi inconvenienti numerosi e profondi. Vi sono casi, in cui il rigore è ingiusto: non sempre il fallimento è effetto di dolo o colpa: qualche volta la colpa è così lieve da divenire scusabile: qualche volta

essa dipende solo da soverchia ignoranza o buona fede. Nè, del resto, il rigore ottiene sempre il suo scopo: esso può intimidire eccessivamente e spingere ad atti indelicati o perfino disonesti debitori mantenutisi probi sino ad allora, ma risoluti di evitare il disonore e le gravi decadenze e sanzioni del fallimento. Tutto ciò ha fatto pensare che se la severità deve essere la regola, può l'indulgenza costituir l'eccezione: che se è giusto il rigore della legge nel caso di dolo o colpa grave, è giusto altresì che il legislatore porga aiuto al debitore onesto e sventurato e gli dia modo di rialzarsi finchè ancora ne è tempo. Si è pensato così non soltanto di introdurre un pensiero di equità nel regime del fallimento a favore del fallito, ma di provvedere agli interessi degli stessi creditori offrendo loro il modo di evitare, quando l'onestà del debitore le rende non necessarie, le lungaggini e i dispendi di una regolare procedura di fallimento.

È naturale che il bisogno di un rimedio equitativo a favore del debitore sventurato e di buona fede non si sia fatto sentire che nei paesi, le cui legislazioni sull'esecuzione collettiva e sul fallimento sono più severe contro i falliti, e fanno consistere l'istituto del fallimento non soltanto nella procedura collettiva di concorso, ma ad esso riannodano una vera e propria *capitis diminutio* civile e politica. Nei paesi in cui il fallimento è puramente e semplicemente un *modo di esecuzione*, come la Germania e l'Austria, le pochissime decadenze che colpiscono il debitore sottoposto a procedura concursuale, derivano solo dalla perdita della gestione patrimoniale, e finiscono col riacquisto della gestione, cioè colla chiusura del concorso (1). In questi paesi la necessità di un rimedio, che permetta ai debitori onesti e sventurati di sottrarsi alla procedura collettiva di fallimento, non è sentita o è meno sentita: ciò spiega come la Germania e l'Austria non conoscano altra procedura di liquidazione che quella di fallimento, nè altro concordato all'infuori del concordato di fallimento (2).

Il bisogno di un istituto giuridico che permetta di evitare il rigore del fallimento si fa invece sentire più vivamente nelle legis-

(1) V. **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 298 e seg.; — **Jäger**, *Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts*, Berlin, 1899-1901, pag. 199 e seg., annot. 33 e seg.; — **Wilmowski**, *Deutsche Konkursordnung erläutert*, Berlin, pag. 475.

(2) **Jäger**, *Die Konkursordnung*, pag. 602 e seg., annot. 15 e seg.

lazioni dei paesi latini, dove la procedura di concorso imprime al fallito un marchio d'infamia e lo sottopone a decadenze civili e politiche, alle quali di regola egli non può sottrarsi che col pagamento integrale dei crediti: senza del resto che questa riabilitazione *legale* equivalga sempre ad una riabilitazione *morale*, che è quella poi di cui più ha bisogno il fallito, in una società che considera il fallimento più come una frode che come una sventura e i falliti più come colpevoli che come vittime. Nelle legislazioni appunto dei paesi latini e di quelli che, sull'esempio dei paesi latini, ritengono infamante la procedura di concorso, noi troviamo, sotto forma e con nomi diversi, e diversamente disciplinati, istituti il cui scopo è sempre quello di dar modo al fallito che se ne mostri degno, di evitare la dichiarazione di fallimento e le decadenze morali e civili che ne formano il codazzo inevitabile. A queste legislazioni bisogna aggiungere il diritto inglese, il quale pure ottiene praticamente lo stesso intento, in grazia alla particolare struttura del procedimento di apertura del concorso, che non corre spedito, sull'istanza del debitore o la domanda di un creditore, ma abbisogna di una istruttoria abbastanza lunga, durante la quale non si prendono che provvedimenti meramente conservativi. In questo periodo istruttorio, in cui lo stato del debitore non è ancora legalmente qualificato, è possibile un accordo di maggioranza: la dichiarazione di fallimento non sopravviene se non quando l'insolvenza è accertata e l'accomodamento non è riuscito. Lo scopo di questa istruttoria che precede la qualificazione legale del fallimento non è soltanto, anzi non è punto, quello di dar modo al debitore di evitare l'infamia del fallimento: è noto che nel diritto inglese il fallimento non importa che poche decadenze civili e politiche e che l'opinione pubblica inglese lo guarda con occhio indulgente (3). È piuttosto nell'interesse dei creditori che non nell'interesse del debitore che quello stadio preliminare fu introdotto dalla legge del 1883 nell'organizzazione inglese del fallimento: si volle, colla organizzazione legale dei concordati preventivi giudizialmente stipulati, togliere di mezzo quegli accordi stragiudiziali che le lungaggini e le spese enormi della procedura spingevano i creditori a concludere a condizioni affatto disastrose (4).

(3) **Thaller,** *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 297 e seg.
(4) V. **Thaller,** *Des faillites en droit comparé*, I, pagg. 288 e 289.

292. Ispirato a questo duplice ordine di ragioni: protezione del debitore onesto e sventurato: difesa dei creditori contro gli accordi stragiudiziali disastrosi, noi troviamo, con norme diverse e sotto diverso nome, organizzata una *procedura preventiva* diretta ad evitare il fallimento, in quasi tutte le legislazioni. La troviamo oltre che in Inghilterra, anche in Francia, in Ispagna, in Portogallo, in Isvizzera, nel Belgio. Questa procedura, a differenza della semplice *moratoria*, a cui si limitano alcune legislazioni (Cod. it., art. 819 e 826: Legge olandese del 1893, art. 213), non si propone soltanto di concedere al debitore una tregua durante la quale egli possa o liquidare volontariamente l'attivo o accordarsi amichevolmente coi creditori. Si tratta invece o di organizzare addirittura una liquidazione giudiziale preventiva e non infamante, o almeno di rendere possibile prima del fallimento un concordato di maggioranza, a cui anche i non assenzienti siano obbligati. Secondo che si sono appigliati alla prima, più radicale soluzione, o si sono limitati alla soluzione più modesta del semplice concordato preventivo: secondo che di questa procedura preventiva hanno fatto un beneficio da accordarsi facoltativamente al solo debitore onesto e sventurato, o uno stadio preliminare e preparatorio di qualunque fallimento, noi possiamo classificare le legislazioni che tale procedura ammettono in tre grandi categorie:

a) Legislazioni che organizzano una vera *procedura di liquidazione facoltativa* a vantaggio del debitore meritevole di riguardi, la quale può terminare, oltre che con concordato di maggioranza, anche con realizzazione dell'attivo e ripartizione (Francia);

b) Legislazioni che organizzano soltanto, in modo più o meno perfetto e completo, una *procedura di concordato facoltativa* a favore del debitore meritevole di riguardi: solo scopo della qual procedura è la conclusione del concordato: fallito questo scopo, e non concluso l'accordo, si cade nel fallimento (Belgio, Svizzera, Spagna, Portogallo);

c) Legislazioni che fanno precedere la dichiarazione di fallimento da uno stadio preliminare *obbligatorio* sempre e per tutti i debitori, durante il quale è data facoltà di concludere un concordato di maggioranza. Fallito il tentativo di concordato, si apre il fallimento (Inghilterra).

293. *a*) Alla prima categoria appartiene la legge francese

4 marzo 1889, leggermente modificata dalla legge 4 aprile 1890. Benchè in nessuno dei ventisei articoli di cui si compone la prima, nè nell'unico articolo di cui consta la seconda, sia detto esplicitamente che solo il debitore meritevole di riguardi può usufruire della procedura più mite istituita dalla legge, pure ciò risulta ad evidenza dal suo spirito e dal complesso del suo sistema. La legge esige anzitutto che il debitore prenda l'iniziativa della domanda mediante il *deposito volontario del suo bilancio entro i quindici giorni dalla cessazione dei pagamenti* (art. 2_1): esige poi che egli non abbia compiuti certi atti che lo rendano indegno del beneficio che chiede. Quest'ultima regola si desume facilmente dall'art. 19, il quale *autorizza* il tribunale a dichiarare il fallimento del commerciante ammesso al beneficio della liquidazione giudiziaria, quando si scopra che la domanda di liquidazione non è stata presentata entro i quindici giorni prescritti, e quando il debitore non ottenga il concordato: e *impone* al tribunale di dichiarare il fallimento: 1° quando il debitore nei dieci giorni anteriori alla cessazione dei pagamenti o dopo la cessazione, abbia compiuto un atto preveduto dagli art. 446, 447 e 448 *Code de commerce, del quale atto sia stata pronunciata la nullità;* 2° quando il debitore abbia dissimulato o esagerato sia l'attivo, sia il passivo, o commesso una frode qualunque; 3° quando il concordato sia stato risolto o annullato; 4° quando sia intervenuta condanna per bancarotta semplice o fraudolenta. Da ciò si desume che se il tribunale, al momento della presentazione della domanda di liquidazione, viene a conoscenza di alcuno di questi fatti che darebbero luogo alla dichiarazione di fallimento, dopo conceduta la liquidazione, *può* in alcuni casi, *deve* in certi altri, rifiutare la liquidazione e pronunciare il fallimento (5). Anche la liquidazione giudiziaria adunque del diritto francese, deve considerarsi come un beneficio che si concede solo al debitore il quale non sia incorso in certe cause di indegnità (6).

---

(5) **Thaller**, *Traité élémentaire*, num. 1731 e seg.

(6) Si discute molto per decidere se il tribunale debba in ogni modo accordare la liquidazione quando nessuna di queste cause di indegnità si riscontri: o se possa, malgrado ciò, negarla per considerazioni relative alla condotta commerciale o alla onestà del richiedente. V. per la prima opinione: **Wahl**, negli *Annales de droit commercial*, 1889, I, 204; — **Thaller**, *Traité élémentaire*, num. 1735: per la seconda A. Parigi, 26 novembre 1889, *Dalloz*, 1890, 2, 249, con nota adesiva di **Boistel**.

Concorrendo queste due condizioni: tempestività della domanda, ed assenza di ogni causa di indegnità, il commerciante in istato di cessazione dei pagamenti può chiedere al tribunale di commercio del suo domicilio, l'apertura della liquidazione giudiziaria, accompagnando la domanda col deposito del bilancio e dell'elenco dei creditori. L'apertura della liquidazione non importa nè spossessamento, nè incapacità civili e politiche. L'amministrazione dei beni resta al debitore, coll'assistenza di liquidatori nominati dal tribunale e sotto la direzione di un giudice commissario, scelto tra i membri del tribunale (art. 4 e 6). Il debitore può, colla semplice *assistenza* dei liquidatori, fare atti conservativi, riscuotere le somme di danaro esigibili, vendere gli oggetti esposti a deperimento o a deprezzamento imminente: intentare o continuare ogni azione giudiziaria mobiliare o immobiliare (art. 6_1): può, coll'*assistenza dei liquidatori* e coll'*autorizzazione* del giudice commissario, continuare il commercio, fare atti di alienazione e transigere: coll'obbligo di ottenere la omologazione del tribunale solo se la transazione concerna un oggetto di valore indeterminato o eccedente le 1500 lire (art. 7_2). La liquidazione non importa nessuna incapacità *permanente:* solo *durante la liquidazione* il debitore perde l'*eleggibilità:* non però l'*elettorato* nè la capacità a tenere o conservare uffici pubblici, di esercitare le funzioni di tutore, protutore, ecc. (art. 21).

L'apertura della liquidazione inizia una procedura collettiva di esecuzione sui beni del debitore: restano quindi sospese le azioni individuali (art. 5 modif. dalla legge 4 aprile 1890): diventano esigibili i debiti non scaduti: si arresta, riguardo alla massa, il decorrimento degli interessi (art. 8). L'accertamento del passivo procede speditamente: entro quindici giorni dalla prima assemblea dei creditori, cioè entro trentatrè giorni dall'apertura della liquidazione, è tenuta un'assemblea per la verificazione dei crediti: questa assemblea per la verificazione è seguìta da una seconda, a distanza non maggiore di quindici giorni, nella quale i creditori ritardatari possono ancora insinuare i loro crediti e farli verificare (art. 13). Dopo di che si passa senz'altro all'assemblea del concordato, da tenersi dopo quindici giorni al più tardi dalla precedente (art. 14). Per la conclusione del concordato è necessario l'assenso della *maggioranza* dei creditori rappresentante i *due terzi* dei crediti (art. 15). Omologato il concordato, cessa la liquidazione giudiziaria. Respinto o non omologato il concordato, il tribunale

può, se lo crede opportuno, dichiarare il fallimento; ma qualora non lo faccia, si procede alla liquidazione e ripartizione dell'attivo secondo le disposizioni dell'art. 541 *Code de commerce* (art. 19_3 e 15_2). Degli altri casi, in cui il fallimento *può* o *deve* essere dichiarato, abbiamo già veduto: essi sono i medesimi che impediscono l'*apertura* del procedimento di liquidazione, e l'art. 19 della legge li enumera tassativamente.

294. *b*) Al secondo gruppo di legislazioni appartengono la Legge belga 30 giugno 1887; il Codice spagnuolo del 1885; il Codice portoghese del 1888 e la Legge federale svizzera del 1889.

α) La legge belga sul concordato preventivo del 30 giugno 1887 non è che la riproduzione, con poche varianti, di una legge antecedente del 23 giugno 1883, andata in vigore a titolo di esperimento il 1° gennaio 1884, e protratta pure temporaneamente con legge 23 dicembre 1885. La rinnovazione prima, l'adozione definitiva poi di una legge come questa di carattere provvisorio è la prova più sicura del suo pregio, e della bontà intrinseca dell'istituto da essa introdotto e disciplinato.

Il concetto fondamentale della legge è espresso chiaramente nell'articolo 2: non può essere consentito concordato preventivo che al debitore *onesto* e *sventurato*. Il concordato preventivo è un'àncora di salvezza che la legge porge al debitore vittima della sventura, non al fallito colpevole.

La procedura per la conclusione dell'accordo è abbastanza semplice. Il debitore che vuole ottenere un concordato preventivo deve presentarne domanda al tribunale di commercio del suo domicilio, accompagnandola con una esposizione dei fatti sui quali la domanda si fonda, da uno stato dettagliato e dalla stima dell'attivo, da un elenco dei creditori e dei crediti e dalle proposte di concordato (art. 3). Se il tribunale crede meritevole di accoglimento la domanda, ordina la convocazione dei creditori entro un termine di quindici giorni, e nomina un giudice delegato per esaminare la situazione del debitore, presiedere l'assemblea, e sorvegliare la procedura di concordato. L'accoglimento della domanda sospende le esecuzioni individuali per tutta la durata della procedura: ma non implica alcuna decadenza civile o politica (art. 33), nè importa spossessamento: il debitore continua ad amministrare i suoi beni, essendogli solo interdetto di fare atti di disposizione sul suo patrimonio senza l'auto-

rizzazione del giudice delegato (art. 6). I creditori sono convocati dal giudice delegato con lettera raccomandata contenente le proposte concordatarie: quelli residenti fuori della città con telegrammi raccomandati (art. 8). La discussione e la votazione avvengono come nel concordato ordinario ed occorre il voto favorevole della stessa maggioranza di numero e di somma (art. 2, 7, 10, 11, 12). Nell'assemblea del concordato preventivo, avviene anche la insinuazione e verificazione dei crediti: sulle contestazioni giudica il tribunale colla stessa sentenza di omologazione (art. 12 e 16). Omologato il concordato, tutti i creditori vi sono tenuti, ma il debitore rimane obbligato a pagare l'intero, in caso di ritorno a miglior fortuna (art. 23 e 24). Il giudice delegato veglia all'esecuzione dell'accordo e può provocarne la risoluzione in caso di inadempimento (art. 28).

β) Anche più semplice è la procedura spagnuola e portoghese. In Ispagna, come abbiamo già veduto, si riconosce, prima del fallimento, uno stato intermedio tra la solvenza completa e la completa insolvenza, che è la sospensione dei pagamenti (*suspension de pagos*). Il commerciante il quale — come dice la relazione del progetto spagnuolo — " senza godere di tutta la pienezza del suo credito, non si trova ancora nella triste situazione di cessare completamente dal pagare le sue obbligazioni scadute „ (7) può costituirsi in istato di *sospensione dei pagamenti* non più tardi di quarantotto ore dopo la scadenza di una obbligazione che non abbia soddisfatto (art. 870 e 871). Dichiarata la sospensione, egli deve presentare ai creditori entro dieci giorni una proposta di concordato, sulla quale si delibera colle norme stabilite per il concordato di fallimento (art. 822). Se il concordato non si conclude, ogni creditore riprende la libertà di azione e può provocare la dichiarazione di fallimento (art. 873). La legislazione spagnuola quindi appartiene al gruppo belga-svizzero, che ammette come semplicemente *facoltativa* una procedura di concordato prima del fallimento: giacchè solo quando il debitore ne faccia domanda e concorra quello stato di semi-solvenza di cui è cenno nella *Relazione* del Codice, può la procedura di fallimento essere preceduta da uno stadio preliminare: a differenza del diritto inglese, in cui ogni procedura di fallimento è preceduta da un periodo istruttorio durante

(7) **Romero y Giron**, *El nuevo Codigo de comercio*, pag. 584 e seg.

il quale si svolge una procedura non qualificata che può condurre al concordato (8).

In Portogallo non si fa differenza di concordato preventivo e concordato di fallimento. L'uno e l'altro sono conclusi stragiudizialmente: basta che risultino da atto autentico od autenticato: debbono però essere sottoposti all'omologazione del tribunale (articolo 731). I creditori non aderenti sono invitati a fare opposizione entro trenta giorni (art. 732), dopo di che si procede alla verifica dei crediti contestati ed all'omologazione, che hanno luogo in un unico giudizio (art. 733).

γ) La legge federale svizzera del 1889 sulla esecuzione per debiti e il fallimento considera anch'essa il concordato preventivo come un beneficio da accordarsi soltanto al debitore sventurato e di buona fede. La legge vuole (art. 293) che la domanda di concordato preventivo sia accompagnata da una proposta concreta di concordato e sia sottoscritta dalla maggioranza dei creditori rappresentanti la metà del passivo, i quali dichiarino di prendere in considerazione la proposta: il che non implica ancora accettazione, ma è una dichiarazione di onorabilità e di scusabilità che i creditori rilasciano al debitore insolvente. La legge prescrive inoltre (art. 294) che l'autorità prima di prendere in considerazione la proposta, debba tener conto della situazione del debitore, dello stato della sua contabilità, della sua condotta negli affari, e delle cause che gli hanno impedito di soddisfare i suoi impegni.

Se il debitore è reputato degno del beneficio del concordato, gli viene accordata una moratoria di due mesi (art. 295). Durante la moratoria il debitore non è spossessato dei suoi beni, di cui conserva l'amministrazione, ma resta sotto la sorveglianza di un commissario giudiziale e non gli è consentito di fare atti che eccedano la semplice amministrazione (art. 298). Ogni atto esecutivo è sospeso durante la moratoria (art. 297).

Il commissario giudiziale invita i creditori a insinuare entro venti giorni i loro crediti sotto pena di essere esclusi dalle deliberazioni del concordato (art. 300) e contemporaneamente convoca l'assemblea la quale vota sulle proposte del debitore. Queste si intendono accettate quando vi abbiano aderito i due terzi in numero e valore (art. 305). Il verbale dell'assemblea è trasmesso dal

---

(8) Contr. **Bolaffio**, *Del concordato preventivo*, pag. 24.

commissario giudiziale all'autorità competente, insieme con una sua relazione sulla convenienza della omologazione (art. 304). L'omologazione è subordinata alle seguenti condizioni: 1° che il debitore non sia in dolo nè in colpa grave; 2° che la percentuale offerta sia adeguata all'attivo, ivi calcolate le aspettative ereditarie; 3° che l'esecuzione del concordato sia sufficientemente garantita (art. 306). Se il concordato non è omologato o la sanatoria viene revocata, si dichiara il fallimento (art. 309).

295. *c*) Nel concetto della legge inglese del 1883, completata dall'altra del 1890, l'istanza di fallimento presentata sia dal debitore, sia da uno dei creditori, non dà mai luogo, senz'altro, alla dichiarazione di fallimento. In seguito ad essa il giudice può soltanto aprire un procedimento preliminare, avente per iscopo l'accertamento dello stato patrimoniale del debitore, la conservazione del patrimonio, e possibilmente, la conclusione del concordato. La Corte perciò incomincia col rilasciare un'ordinanza provvisoria o preliminare (art. 5). Questa ordinanza importa sospensione delle azioni individuali e spossessamento del debitore, i cui beni sono devoluti ad un amministratore provvisorio (art. 9). Nel più breve termine possibile dopo la notificazione al debitore dell'ordinanza provvisoria (di regola entro quattordici giorni dall'ordinanza: *Appendice prima* alla legge, art. 1-3), si convocano i creditori in un'adunanza generale, allo scopo di deliberare se sia accettabile una proposta di concordato, ovvero sia conveniente provocare la dichiarazione di fallimento ed in generale per concertare le disposizioni più urgenti sul patrimonio del debitore (art. 15). Nell'assemblea non ha diritto di voto se non il creditore che abbia debitamente provato il credito prima dell'epoca fissata per l'adunanza (*Appendice prima*, art. 8).

Il concordato è concluso quando sia consentito dalla maggioranza in numero dei creditori rappresentante almeno i tre quarti dei crediti verificati (art. 18, num. 2); ma abbisogna dell'approvazione della Corte (art. 18, num. 4). Secondo la legge del 1883 era necessaria una doppia accettazione in due adunanze successive: la legge del 1890 ridusse ad una la votazione. Se il concordato è concluso ed approvato, il procedimento preliminare e incolore già aperto si chiude e il fallimento resta evitato: se invece il concordato non si conclude, si dichiara il fallimento: un curatore definitivo s'impossessa

dei beni e procede alla liquidazione ed alla ripartizione dell'attivo (art. 20 e seg.).

296. Una completa e minuta valutazione critica di questi vari sistemi, e delle diverse leggi che all'uno o all'altro si riannodano, ci porterebbe troppo lontani ed esorbiterebbe dai limiti della presente trattazione dedicata principalmente al diritto vigente italiano. Ciascuno di quei sistemi, ciascuna di quelle leggi ha pregi e vantaggi: ma gli uni e le altre hanno difetti che ne renderebbero sconsigliabile l'adozione completa.

a) Il sistema francese offre modo di conservare il beneficio di una procedura non infamante al debitore onesto, che però non è riuscito a concludere il concordato. In qualche caso può non essere giusto far dipendere il mantenimento del beneficio dalla conclusione dell'accordo: i creditori nel consentire o non consentire il concordato non tengono punto in conto l'onestà o la disonestà del debitore: fanno semplicemente, come meglio possono, il loro interesse. Possono, qualche volta, rifiutare la loro adesione a proposte ragionevoli e commisurate alle risorse del debitore, solo perchè contano sull'intervento di un parente o del coniuge che si sagrifichi per salvare il congiunto dall'estrema rovina. Può altresì qualche volta la maggioranza non raggiungersi per semplice noncuranza di creditori lontani. Possono infine le pratiche per la formazione di una offerta conveniente assorbir molto tempo. In tutti questi casi non sarà equo dichiarare senz'altro il fallimento perchè il concordato non è stato concluso: può essere giusto invece che il magistrato intervenga e valutando tutte le circostanze di fatto, la condizione e la moralità del debitore, gli eventi che cagionarono l'insolvenza, le cause della mancata conclusione dell'accordo, mantenga al debitore il beneficio della procedura non infamante. Ma di fronte a questi vantaggi, stanno anche vari inconvenienti del sistema. Il debitore, sperando di poter ottenere dal magistrato il mantenimento della procedura più mite, sarà meno sollecito di offrire ai suoi creditori condizioni vantaggiose: i suoi parenti, i suoi amici, avranno minori ragioni di intervenire per lui. Ma sopratutto può apparire sconveniente che si conservi un trattamento di favore a chi ha ricevuto dai suoi creditori una prova così grave di sfiducia come quella di rifiutargli o non curarsi di consentirgli un accomodamento amichevole. Dove pure non possiamo seguire il

legislatore d'oltralpe, è in alcuni e fondamentali punti della regolamentazione legislativa dell'istituto, che sono veramente difettosi. Così ad esempio la disposizione per cui deve il debitore, per ottenere il beneficio della liquidazione giudiziaria, depositare il proprio bilancio non più di quindici giorni dalla cessazione dei pagamenti. Questa disposizione è tutt'insieme inapplicabile e poco equa. La cessazione dei pagamenti è un fatto così complesso, così poco determinabile a giorno preciso, che, a voler essere rigorosi, nessuna liquidazione dovrebbe essere accordata se i quindici giorni dovessero calcolarsi dal giorno della *reale* cessazione dei pagamenti. Prima di ricorrere al deposito del bilancio, ogni commerciante, anche il più scrupoloso ed onesto, cercherà in ogni modo di evitare lo scandalo inerente a qualunque, sia pure mite e benigno, procedimento giudiziario: chiederà dilazioni, si rivolgerà a sovventori, tenterà di alienare attività. Tutti questi tentativi richiedono tempo; i quindici giorni passano presto fra trattative, promesse e rifiuti: non si può ragionevolmente dare al debitore solo quindici giorni di tempo per salvarsi, colla comminatoria di essere votato all'infamia del fallimento. Se quella disposizione realmente si osservasse, quante aziende dovrebbero essere liquidate, che invece, superato l'incaglio momentaneo, continuano vantaggiosamente gli affari! Meglio val dunque non stabilire termini di rigore, ingiusti e destinati alla inosservanza, e lasciare al prudente arbitrio del giudice il determinare se lo stato di insolvenza è oramai durato tanto tempo, da non lasciar presumere la possibilità di una liquidazione con esito favorevole. — Altro difetto della regolamentazione francese è l'incertezza delle disposizioni concernenti la verificazione dei crediti, e i diritti delle varie specie di motivi. Circa la verificazione la legge si limita a stabilire che essa debba aver luogo nella seconda assemblea dei creditori e colle norme del Codice di commercio: circa i diritti dei creditori nulla dispone. Di qui una procedura simile a quella del fallimento, quasi egualmente lunga, e che ne diventa un inutile duplicato quando sia poi dichiarato il fallimento (9).

297. *b*) Il sistema belga-svizzero del *concordato preventivo* ha il

(9) Cfr. la critica, veramente un po' eccessiva, del **Bailly**, *Annales de droit commercial*, 1889, 47 e seg.

vantaggio di rendere più spedita la procedura preventiva: non trattandosi che di concludere il concordato, la verificazione dei crediti può essere fatta più speditamente e sommariamente.

Ma la procedura semplice o spedita porta con sè il pericolo della insinuazione di crediti simulati e della formazione di maggioranze fittizie. D'altro canto, per semplice che sia, non può, fra insinuazione dei crediti e convocazione dei creditori, non occupare un certo tempo e implicare una serie di atti e di decisioni giudiziarie, donde perdita di tempo, di lavoro e di spese, quando il concordato non riesca e venga dichiarato il fallimento. Tutto è da rifare, e si va incontro così alla possibilità dannosa di dover finire là dove era meglio incominciare senz'altro.

Ma se questi sono i difetti, non fondamentali del resto, ne irrimediabili, inerenti al sistema del concordato preventivo in generale, le singole legislazioni che lo adottarono, caddero in altre imperfezioni ancora, di cui sarà utile segnalare le più notevoli. Le più imperfette sono le due legislazioni spagnuola e portoghese. Il concordato stragiudiziale che il Codice portoghese si accontenta sia stipulato per atto autentico od autenticato, non offre nessuna delle garanzie necessarie per imporlo alla minoranza dissenziente: nè l'omologazione del giudice può essere rimedio sufficiente, quando la mancanza di una, anche embrionale, verificazione dei crediti, rende sempre incerto il calcolo della maggioranza, ed apre sempre l'adito alla dichiarazione di fallimento col sopravvenire di crediti e di creditori non conosciuti. Gli stessi difetti, sostanzialmente, ha la procedura spagnuola di concordato preventivo: in un'unica assemblea non è possibile fare contemporaneamente una seria verificazione dei crediti e votare il concordato: l'inopponibilità del concordato ai creditori non invitati (l'invito essendo fatto sulla semplice dichiarazione del debitore), rende sempre precaria la vita e precarî gli effetti dell'accordo: la libertà concessa al debitore di continuare nell'amministrazione e nella piena disponibilità del suo patrimonio durante la procedura, rendono facili e probabili gli storni dell'attivo. In complesso questa procedura a volo d'uccello favorisce i debitori di mala fede, che del procedimento di concordato preventivo si servono per ottenere una tregua e per stipulare un accordo mancante di sincerità, a tutto danno dei creditori più lontani o meno esigenti.

Migliore assai è la legge belga: la quale tuttavia pecca anch'essa

in più d'un punto. Nel concetto della legge belga, la verificazione dei crediti è fatta contemporaneamente all'omologazione: e perciò alla adunanza del concordato sono ammessi non soltanto i creditori invitati, ma chiunque si pretenda creditore (art. 9): sulle contestazioni giudica il tribunale nella sentenza di omologazione, al momento di constatare l'esistenza della maggioranza. Ciò significa dar diritto di intervenire all'adunanza, di discutere e di votare a chiunque si pretenda creditore: significa dar modo a finti creditori di trascinare colla parola e coll'esempio i creditori più deboli: significa cogliere alla sprovvista debitore e creditori, e rendere loro più difficile la contestazione dei crediti inesistenti o esagerati. Imperfetta è anche la legge belga nella disposizione colla quale obbliga il debitore concordatario a pagare l'intiero in caso di ritorno a miglior fortuna: il concetto che ha ispirato questa disposizione, nuova nelle legislazioni moderne, è certamente lodevole: ma l'applicazione pratica di un tal principio è quant'altra mai incerta e pericolosa. Quando si dirà che il debitore è tornato a miglior fortuna? Si dovranno istituire indagini per accertare il mutamento nella condizione patrimoniale del debitore? Quali saranno i diritti dei creditori per impedire le frodi in questo caso? Applicandosi la disposizione, non si intralcerà e renderà difficile la ricostituzione dell'azienda da parte del debitore e la ripresa degli affari?

Rimproveri analoghi possono farsi alla legge svizzera. Anche qui la verificazione dei crediti non esiste, o meglio, è fatta nel procedimento stesso di omologazione sommariamente e senza alcuna seria garanzia. Qui inoltre la prescritta adesione preliminare e non impegnativa dei creditori al progetto di concordato, necessaria per ottenere l'apertura del procedimento, può essere fonte di poco oneste transazioni e di traffici di firme fatti a danno dei creditori più scrupolosi o più lontani: e l'obbligo imposto al magistrato di tener conto, nel valutare le condizioni dell'accordo, delle aspettative ereditarie che possa avere il debitore, oltre che ripugnante al senso morale, oltre che contrario al principio generale vigente nel diritto civile che vieta i patti di successione futura (in cui si risolverebbe, in fondo in fondo, un concordato che tenesse conto delle aspettative ereditarie), appare anche come difficile ad avere risultati pratici apprezzabili: come si stabilirà l'esistenza di aspettative ereditarie? che valore economico si attribuirà a queste aspettative? Si correrà rischio di usare un trattamento diverso a debi-

tori che si trovano nella identica condizione, solo perchè di uno si conoscono, perchè palesi, le aspettative, mentre di un altro si ignorano, sebbene forse più sicure e fondate.

298. *c*) Il sistema inglese offre un grande, un incontestabile vantaggio, che lo fa preferire dal THALLER ad ogni altro: quello di utilizzare il tempo speso e gli atti occorsi durante la procedura preventiva per la procedura di fallimento che debba poi essere aperta, evitando così di fare dell'una un puro e semplice, ma inutile, duplicato dell'altra (10). Questo vantaggio è grande e se ne deve tener conto per apprezzare convenientemente la legge inglese del 1883, certo assai superiore a tutte le numerose altre leggi che la precedettero in Inghilterra. Ma non ci sembrerebbe sufficiente per indurci a proporre *sic et simpliciter* l'adozione di un sistema, che, a parte i difetti secondari, vuole che ogni fallimento, anche il più sicuramente ed evidentemente colpevole, incominci con una procedura incolora, poco energica e temporeggiatrice, fatta apposta per favorire le frodi dei debitori di mala fede. L'indulgenza è giusta e necessaria per chi la merita: usarla indistintamente per tutti, degni ed indegni, senza domandar loro chi sono, che cosa hanno fatto, perchè sono ridotti alla insolvenza, è invece null'altro che debolezza pericolosa.

299. Questo rapidissimo esame critico delle più importanti legislazioni dimostra che la risoluzione del problema di una bene organizzata procedura preventiva implica la conciliazione di due termini che sembrano inconciliabili: la rapidità e semplicità del procedimento; e l'accertamento sicuro ed esatto dei crediti. O infatti si trasportano nella procedura preventiva le garanzie che accompagnano oggidì la verificazione dei crediti nel fallimento, e allora si fa di quella procedura un duplicato della procedura di fallimento. Oppure ci si accontenta di una verificazione sommaria, e allora si apre l'adito alle frodi, ai crediti fittizi, alle deliberazioni votate da maggioranze inesistenti o corrotte. È nella risoluzione di questa parte del problema che peccano quasi tutte le legislazioni. Abbiamo veduto quasi tutte appigliarsi alla regola-

(10) **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 289 e seg.

mentazione più semplice: e il perchè si comprende: tutte hanno temuto di perdere troppo tempo e di fare atti inutili, nel caso che la procedura non possa finire col concordato, ma si debba invece dichiarare il fallimento ed incominciare tutto da capo.

In realtà, a noi non sembra questa la soluzione più savia. Chiunque abbia una mediocre pratica di fallimenti, chiunque abbia avuto, come ha avuto chi scrive, l'occasione di leggere e meditare i numerosi fascicoli giudiziari di fallimenti che ingombrano le cancellerie dei nostri tribunali, sa benissimo che anche colla procedura più vigile e più lunga della verificazione dei crediti nel fallimento, la grande, la deplorevole piaga di tutte le liquidazioni fallimentari resta pur sempre quella dei crediti fittizi. I libri di commercio, che colla successione cronologica delle loro registrazioni dovrebbero essere l'ausiliario più fidato del giudice nell'accertamento della vera consistenza del passivo, diventa il mezzo primo ed il primo fondamento della frode. Preparati nei giorni antecedenti alla dichiarazione del fallimento, essi incominciano coll'attestare operazioni non compiute, debiti inesistenti, passività esagerate. Seguono le cambiali create alla vigilia, che tradiscono, col candore dei foglietti bollati, di recente sottoscritti e mai usciti dalle mani del supposto creditore, la loro origine punto sincera e meno commerciale. Ma la prova della simulazione è difficile: e questi inganni, preordinati tutti alla formazione di una maggioranza concordataria, riescono quasi sempre, malgrado le norme severe e le severe sanzioni del fallimento. Semplificare troppo la verificazione dei crediti nella procedura preventiva, lo affermiamo senza esitare, è un vero, imperdonabile errore. — Si dovrà dunque istituire una regolare procedura di verificazione che farà perdere molto tempo e riuscirà perfettamente inutile nel caso che la procedura preventiva si converta in fallimento? Neppure. La soluzione per noi sta semplicemente nel trasportare nella procedura preventiva la verificazione dei crediti, semplificandola ed abbreviandola dove è possibile, ma senza diminuire in nulla ciò che in essa costituisce *reale* garanzia di sincerità e di sicurezza; ma al tempo stesso utilizzare la procedura iniziata nel caso di successiva dichiarazione di fallimento. In tal modo, quando la procedura preventiva deve convertirsi in procedura di fallimento, questa non è sotto un certo aspetto che una continuazione della prima, e dalla prima eredita tutto il lavoro utile già fatto. Non è ancora il si-

stema vagheggiato dal Thaller, il quale vorrebbe, sull'esempio della legge inglese, che ogni fallimento incominciasse con uno stadio preliminare, inqualificato ed incolore, per cader poi nel vero e proprio fallimento solo nel caso di non concluso concordato (11). Abbiamo dimostrato che questo sistema parifica ingiustamente i debitori che appariscono onesti, a quelli sicuramente disonesti. Nel nostro concetto non ogni fallimento dovrebbe incominciare con una procedura preventiva e incolora: beneficio che dovrebbe esser riserbato solo al debitore, che si mostri degno di speciale riguardo. Se di questa procedura più mite il debitore continua ad apparir degno anche nel seguito del procedimento, e ottiene un concordato dai creditori e una dichiarazione di scusabilità dal magistrato, il fallimento si evita definitivamente. Ma se invece creditori e giudice ritengono opportuno applicare a questo debitore le norme comuni dei falliti, il procedimento incolore si muta in procedura di fallimento, fermi restando gli atti già compiuti, e la verifica dei crediti già fatta. Solo in questo modo, ci sembra, si può assicurare la sincerità del concordato preventivo senza creare un duplicato inutile della procedura di fallimento e senza trasformare la procedura preventiva in una " procedura di fallimento senza fallimento ".

(11) **Thaller**, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 289 e seg.

CAPITOLO II.

Il progetto italiano sul concordato preventivo.

Sommario: 300. Storia del progetto sul concordato preventivo testè approvato dal Senato. — 301. Il concordato preventivo e la moratoria: cattiva prova di quest'ultimo istituto. — 302. Esame critico del disegno di legge senatorio. *Apertura del procedimento:* la domanda. — 303. Ordinanza che apre il procedimento. — 304. *Condizione giuridica del debitore e dei creditori durante il procedimento:* condizione giuridica del debitore. — 305. Condizione giuridica dei creditori. — 306. *Verifica dei crediti.* — 307. *Conclusione del concordato:* riunione del debitore e dei creditori. — 308. Accettazione. — 309. Accettazione dei possessori di obbligazioni nei concordati sociali. — 310. *Omologazione del concordato.* — 311. *Effetti del concordato.* — 312. Il concordato nei piccoli fallimenti.

300. Il largo movimento verificatosi nell'ultimo ventennio in Francia, nel Belgio, in Ispagna, nel Portogallo, in Isvizzera ed in Inghilterra a favore di una procedura preventiva più mite, atta a favorire la conclusione di un accordo di maggioranza e ad evitare così, quando è possibile, la procedura di fallimento, ha avuto un'eco anche in Italia, dove l'istituto della moratoria, dopo parecchi anni di prova, si è andato rivelando sempre più insufficiente e inadatto allo scopo.

La *Sotto-commissione incaricata di studiare le riforme da apportarsi all'istituto del fallimento* volse subito la sua attenzione ad una procedura preventiva atta a sostituire vantaggiosamente la moratoria, contro la quale si elevavano da ogni parte vivissimi lamenti. La Sotto-commissione pertanto compilò un *progetto preliminare*, illustrato dal relatore Bolaffio in una geniale *esposizione dei motivi*, che la *Commissione generale* incaricata di studiare le riforme al Codice, approvò con poche modificazioni nelle adunanze del 4, 5 e 6 luglio 1895 (1).

Questo progetto, di cui abbiamo già avuto occasione di narrare le vicende (2), fu oggetto di non troppo felici rimaneggiamenti

(1) V. *Del concordato preventivo. Progetto preliminare. Relazione ed esposizione dei motivi* e *Progetto definitivo*. Torino, 1895 (Estr. dalla *Giur. it.*, vol. XLVII).

(2) V. sopra num. 34.

da parte del Ministro Guardasigilli che lo presentò al Parlamento (Gianturco). Il nuovo progetto ministeriale presentato una volta alla Camera ed un'altra al Senato, venne finalmente approvato da quest'ultimo nella seduta dell'11 maggio 1901 e sta ora davanti alla Camera elettiva, alla quale ha riferito già favorevolmente il relatore Sorani (27 giugno 1901). Del testo approvato dalla Camera vitalizia, che diverrà verosimilmente presto legge dello Stato, daremo una succinta esposizione sistematica facendola seguire da alcune osservazioni critiche, e da un confronto tra il testo ora approvato e il progetto definitivo formulato dalla Commissione per la revisione del Codice (3).

301. Il disegno di legge approvato dal Senato (4), seguendo

---

(3) La pubblicazione dei Progetti della Commissione ha dato luogo ad una ricca letteratura: v. **Sacerdoti**, *Del concordato preventivo al fallimento*. Memoria letta alla R. Accademia di scienze, lettere ed arti in Padova, 10 marzo 1895. nel vol. XI, disp. 2 degli *Atti e Memorie*, Padova, 1895; — **Biondi**, *Il progetto preliminare sul concordato preventivo*, nella *Scienza del diritto privato*, 1895. 286; — **Bolter**, *A proposito del concordato preventivo*, nel *Commercio*, 1895, num. 3347; — **Ascoli**, *La moratoria e il concordato preventivo*, Milano, 1896; — **Manara**, *Sul progetto intorno il concordato preventivo*, nel *Monitore dei tribunali*, 1896, 1021; — **De Giuli**, *Sul concordato preventivo*, nel *Monitore dei tribunali*, 1896, 953; — **Pennati**, *Sul concordato preventivo. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Milano. Relazione della Commissione per lo studio del progetto di legge sul concordato preventivo*, nel *Monitore dei tribunali*, 1896, 241; — **Sacerdoti**, *Il concordato preventivo e la relazione del Consiglio dell'Ordine degli avvocati in Milano*, *Temi veneta*, 1896, 197; — **Malpeli**, *Osservazioni al progetto sul concordato preventivo*, Modena, 1897; — **Amar**, *Sul progetto di concordato preventivo*, *Legge*, 1897, I, 248; — **Vidari**, *Progetto di legge sul concordato preventivo*, nella *Legge*, 1898, I, 245; — **Giribaldi**, *Il progetto di legge sul concordato preventivo*, nella *Gazzetta giudiziaria italiana*, 1898, 17; — **Oneto-Spano**, *Studio sul concordato preventivo al fallimento*, nel *Circolo giuridico*, 1898, 29; — **Maiorana**, *Del concordato preventivo*, nel *Circolo giuridico*, 1898, 97; — **Zingarelli**, *Il concordato giudiziale preventivo*: conferenza letta al *Circolo giuridico nella tornata 28 maggio 1899*, Napoli, 1899; — **Sacerdoti**, *Osservazioni sul progetto della Commissione ministeriale per il concordato preventivo*, Padova, 1897 (Memoria letta alla R. Accademia di Padova nella tornata del 17 gennaio 1897 e inserita nel volume XIII, disp. 1ª degli *Atti e Memorie*).

(4) Ecco il testo del disegno di legge sul *concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti*, approvato dal Senato:

Del concordato preventivo. — *Art. 1.* Fino a che il fallimento non sia dichiarato, ogni commerciante può chiedere, con ricorso al tribunale nella

perfettamente il progetto della *Commissione*, dei tre sistemi di cui

---

cui giurisdizione ha il principale stabilimento commerciale, la convocazione dei proprî creditori per proporre un concordato preventivo. Le società commerciali legalmente costituite possono, con ricorso al tribunale nella cui giurisdizione la società ha la propria sede, proporre un concordato preventivo a mezzo di coloro che hanno la firma sociale. I patti e le condizioni del concordato devono però prima dell'adunanza dei creditori essere approvati nel modo stabilito dallo statuto sociale o dalla legge per lo scioglimento anticipato della società debitrice. — *Art. 2.* Il ricorrente deve presentare insieme con la domanda: i suoi libri di commercio obbligatorî, dei quali almeno il giornale e l'inventario tenuti e vistati regolarmente da un triennio almeno o dal principio dell'esercizio, se questo non dura da tre anni; uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività; l'elenco nominativo di tutti i suoi creditori con la indicazione dei rispettivi crediti e domicilî; e, se si tratta di società, i documenti che comprovano la sua legale costituzione. Il ricorrente esporrà le ragioni che determinarono la sua domanda e indicherà i patti e le condizioni che intende proporre ai suoi creditori o i motivi pei quali non può indicarli immediatamente. — *Art. 3.* Il tribunale, sentito il Pubblico Ministero, dichiara, con decreto deliberato in Camera di consiglio e non soggetto a reclamo, inammissibile il ricorso: 1° se il ricorrente non ha presentato i libri e documenti indicati nel precedente articolo; 2° se il ricorrente è stato condannato per uno dei reati previsti nell'articolo 816 secondo alinea del Codice di commercio, o non ha soddisfatto gli obblighi assunti in un precedente concordato preventivo, oppure se, altra volta dichiarato fallito, non ha pagato interamente in capitale, interessi e spese tutti i crediti ammessi al fallimento, o non ha completamente adempito gli obblighi assunti nel concordato; 3° se non offre serie garanzie, reali o personali, di poter pagare almeno il 35 per cento del capitale dei crediti non privilegiati o non garantiti da ipoteca o da pegno; 4° se si verifica uno dei fatti contemplati dall'articolo 855 secondo alinea del Codice di commercio. In tali casi, ove risulti che il ricorrente è in istato di cessazione dei pagamenti per obbligazioni commerciali, il tribunale ne dichiara senz'altro il fallimento. — *Art. 4.* Se il tribunale riconosce regolare e ammissibile il ricorso, ordina, con decreto non soggetto a reclamo, la convocazione dei creditori innanzi ad un giudice delegato per discutere e deliberare sulla proposta di concordato preventivo: prefigge il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza, non oltre trenta giorni dalla data del provvedimento, nonchè il termine entro cui questo dovrà essere pubblicato e comunicato ai creditori; nomina un commissario, che non sia uno dei creditori, con l'incarico di invigilare nel frattempo l'amministrazione dell'azienda, di accertarne le attività e passività, di indagare sulla condotta del debitore e di riferirne alla adunanza dei creditori; nomina una Commissione di creditori incaricata di esaminare la situazione economica e la condotta del debitore e di dare in proposito il suo parere nell'adunanza dei creditori; assegna al ricorrente un termine per completare l'elenco nominativo dei creditori, qualora per la natura dei debiti o per la qualità ed estensione del

offrono esempi le legislazioni straniere in materia di procedura pre-

---

commercio sia stata giustificata nel ricorso l'impossibilità di presentarlo completo. A cura e con la sottoscrizione del giudice delegato e del cancelliere si fa annotazione del decreto immediatamente sotto l'ultima scrittura dei libri presentati, i quali sono quindi restituiti al ricorrente. — *Art. 5.* Il decreto, a cura del cancelliere e previo deposito della somma dal giudice presunta necessaria, è pubblicato mediante affissione alla porta esterna del tribunale e per estratto nel foglio degli annunzi legali ed è trascritto al locale ufficio delle ipoteche; tutto questo nel termine fissato dal decreto stesso. Se l'elenco nominativo dei creditori non è completo o sia opportuna una maggiore pubblicità, il tribunale designa altri giornali, anche esteri, nei quali debba farsi la inserzione. Il cancelliere comunica a ciascun creditore con lettera o telegramma, a seconda delle distanze, da spedirsi raccomandati, un avviso contenente: il nome del debitore; la data del decreto che convoca i creditori; il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza, con la sommaria indicazione delle proposte principali del debitore. Le prove delle pubblicazioni e delle comunicazioni debbono essere unite agli atti. — *Art. 6.* Se si tratta di società che ha emesso obbligazioni, il decreto o un provvedimento posteriore prefigge i modi di pubblicità dell'avviso di convocazione e contiene le altre indicazioni prescritte nell'art. 28. In tutti i casi l'avviso deve essere affisso alla porta esterna del tribunale e nei locali delle Borse del Regno ed inserito per estratto nella *Gazzetta Ufficiale* e nei giornali degli annunzi giudiziari dei luoghi dove la società ha sede, succursali, agenzie e rappresentanze. — *Art. 7.* Dalla data della presentazione del ricorso e fino a che il ricorso sia respinto, o, se viene accolto, sino a che la sentenza di omologazione del concordato sia definitivamente esecutiva, nessun creditore per causa o titolo anteriore al decreto può, sotto pena di nullità, intraprendere o proseguire atti di esecuzione forzata, acquistare qualsiasi diritto di prelazione sopra i beni mobili del debitore, nè iscrivere ipoteche. Le prescrizioni, perenzioni e decadenze, che sarebbero interrotte dagli atti predetti, rimangono sospese. Riguardo alla scadenza dei crediti, alla sospensione del corso degli interessi sui medesimi, e alla valutazione dei crediti non fruttanti interesse, si applicano le disposizioni degli articoli 700, 701 e 768 del Codice di commercio. I crediti per tributi diretti o indiretti, tuttavia privilegiati, non sono sottoposti agli effetti contemplati nel presente articolo. — *Art. 8.* Durante la procedura di concordato preventivo, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e prosegue tutte le operazioni ordinarie della sua industria e del suo commercio con la vigilanza del commissario giudiziale e sotto la direzione del giudice delegato. Il giudice delegato, il commissario giudiziale e la Commissione dei creditori possono sempre prendere visione dei libri di commercio. — *Art. 9.* Sono inefficaci rispetto ai creditori le donazioni e gli atti a titolo gratuito e di fideiussione compiti dal debitore nel corso della procedura di concordato preventivo. Sono parimenti inefficaci rispetto ai creditori gli atti coi quali il debitore contrae mutui, anche sotto forma cambiaria, transige, compromette, aliena od ipoteca beni immobili, costituisce pegni senza autorizzazione del giudice delegato, che

ventiva (v. num. 292), preferisce il sistema belga-svizzero di una pro-

---

sarà data nei soli casi di necessità od utilità evidente, sentito il parere della Commissione dei creditori. — *Art. 10.* Se il debitore contravviene alle disposizioni dei due articoli precedenti, ovvero risulta che ha occultato o dissimulato l'attivo, che dolosamente ha omesso uno o più creditori, od esposto passività insussistenti, o che ha commesso qualsiasi frode, il giudice delegato ne riferisce in Camera di consiglio al tribunale, il quale, accertati i fatti, deve dichiarare il fallimento. — *Art. 11.* Il commissario giudiziale, con la scorta dei libri e delle carte del debitore e delle notizie che può raccogliere, verifica l'elenco dei creditori e dei debitori presentato dal medesimo, introducendovi le necessarie aggiunte e modificazioni ed indicando la somma dei rispettivi crediti e debiti. In caso di bisogno chiederà agli interessati i necessari schiarimenti. Redigerà quindi un rapporto particolareggiato sulla situazione economica e sulla condotta del debitore, e lo depositerà in cancelleria almeno tre giorni prima dell'adunanza stabilita per il concordato. — *Art. 12.* L'adunanza dei creditori è presieduta dal giudice delegato. Ogni creditore può farsi rappresentare da un mandatario speciale con procura che può essere scritta senza formalità sulla lettera o sul telegramma di convocazione. Il debitore, o chi ne ha la legale rappresentanza, deve comparire personalmente. Soltanto in caso di assoluto impedimento accertato dal giudice delegato, potrà farsi rappresentare da un mandatario speciale. Dopo la lettura del rapporto del commissario giudiziale ed il parere della Commissione dei creditori, il debitore presenta le sue proposte concrete e definitive. Se nel giorno stabilito non sia possibile compiere tutte le operazioni, la loro continuazione s'intende rimessa nel prossimo giorno non festivo senza bisogno di alcun avviso ai comparsi e agli assenti, e così di seguito fino al termine delle operazioni. — *Art. 13.* Ogni creditore può addurre le ragioni per le quali reputa contestabile qualche credito; o il debitore non meritevole del beneficio; o le proposte di lui non accettabili. Il debitore ha facoltà di rispondere, e deve fornire tutti gli schiarimenti che dal giudice gli sono richiesti anche ad istanza dei creditori. Di tutto si fa sommaria menzione nel processo verbale, con la indicazione dei documenti presentati, che saranno uniti al medesimo. — *Art. 14.* Il concordato preventivo deve essere approvato dalla maggioranza dei creditori votanti, la quale rappresenti tre quarti della totalità dei crediti non privilegiati o non garantiti da ipoteca o pegno. I creditori che hanno ipoteca, privilegio o pegno sui beni del debitore possono però concorrere a formare questa maggioranza qualora rinuncino all'ipoteca, privilegio o pegno. La rinuncia può riferirsi anche ad una parte del credito e degli accessori, purchè sia determinata la somma tra capitale ed accessori per la quale ha luogo e non sia questa inferiore alla terza parte dell'intero credito. Il voto dato senza alcuna dichiarazione di limitata rinuncia e l'adesione al concordato, di cui è parola nel successivo articolo 16, importano di diritto la rinuncia all'ipoteca, privilegio o pegno per l'intero credito. Il tribunale nel giudizio di omologazione terrà calcolo dell'eventuale aumento dell'attività patrimoniale del debitore, derivato da tali voti o adesioni. Gli effetti della rinuncia totale

cedura avente per iscopo unicamente il concordato. Si tratta dunque

---

o parziale al privilegio, ipoteca o pegno cessano di diritto qualora il concordato preventivo non abbia luogo o venga posteriormente annullato. — *Art. 15.* Per formare le maggioranze indicate nel precedente articolo, non si computano i crediti del coniuge del debitore, dei suoi parenti ed affini sino al quarto grado inclusivo. Sono parimenti esclusi dal voto coloro che sono divenuti cessionari dei detti crediti nell'anno precedente alla domanda di concordato. — *Art. 16.* Il giudice delegato fa inserire le adesioni nel processo verbale che è sottoscritto dagli aderenti. Nella maggioranza di somma sono valutate le adesioni spedite per lettera o per telegramma, di cui sia accertato il mittente, al giudice delegato o al cancelliere anche nei venti giorni successivi alla chiusura del processo verbale dell'adunanza. Tali adesioni sono annotate dal cancelliere in calce al verbale, a misura che giungono, ed alligate al medesimo. — *Art. 17.* Con provvedimento inserito nel processo verbale prima della sua sottoscrizione il giudice delegato rimette le parti a udienza fissa avanti il tribunale per la omologazione del concordato nel termine non maggiore di trenta giorni. — *Art. 18.* Tre giorni prima dell'udienza stabilita per la omologazione, il commissario giudiziale deposita in cancelleria il suo parere motivato sul merito del concordato. Nell'udienza suindicata il giudice delegato fa la relazione della causa. Il debitore e i creditori hanno diritto d'intervenire nel giudizio. Il tribunale potrà invitare in Camera di consiglio per gli opportuni chiarimenti il commissario giudiziale, previo avviso al debitore e ai creditori intervenuti. — *Art. 19.* Il tribunale nella sentenza di omologazione, apprezzerà in via provvisoria e presuntiva la sussistenza e l'ammontare dei crediti contestati al solo effetto di stabilire se concorrono le maggioranse richieste, senza pregiudizio delle pronunzie definitive. — *Art. 20.* Il tribunale, ove riconosca che il debitore è meritevole del benefizio del concordato; che le opposizioni di cui all'articolo precedente lasciano sussistere le maggioranze richieste; che le proposte di concordato sono legittime e presentano sicurezza di esecuzione, omologa il concordato. Nella stessa sentenza di omologazione il tribunale ordina il deposito giudiziale del dividendo che potrà spettare ai creditori contestati, salvo che il creditore offra garanzie sufficienti per l'eventuale pagamento di tali crediti alle rispettive scadenze. Se invece, non concorrendo le condizioni suddette, il concordato non è omologato, il tribunale, ove risulti che il ricorrente è in istato di cessazione dei pagamenti per obbligazioni commerciali, ne dichiara d'ufficio il fallimento. — *Art. 21.* Salvo patto contrario, stabilito o nel concordato o con posteriore deliberazione presa dalle maggioranze di cui sopra ed omologata dal tribunale, il debitore non può, prima del completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato, alienare o ipotecare i suoi beni immobili, costituire pegni, e in genere distrarre le attività dalla sua azienda in modo diverso da quello richiesto dalla natura dello esercizio industriale o commerciale. Ogni atto compiuto in opposizione a questo divieto è inefficace di fronte ai creditori anteriori alla omologazione del concordato. — *Art. 22.* Le sentenze che pronunziano o negano l'omologazione del concordato come quelle che dichiarano il fallimento ai termini dei precedenti

di un procedimento di concordato *preventivo*, come dice del resto il

---

articoli 3, 10 e 20 debbono essere pubblicate nei modi stabiliti dall'art. 912 del Codice di commercio. Quelle che dichiarano il fallimento sono provvisoriamente esecutive. — *Art. 23.* Ogni sentenza pronunziata nella procedura di concordato preventivo è appellabile dal debitore e dai creditori, compresi quelli non intervenuti nella procedura anteriore, entro quindici giorni dalla inserzione dello estratto di essa nel giornale degli annunzi giudiziari del luogo. L'atto di appello si notifica al debitore, al commissario giudiziale e ai procuratori delle parti costituite in giudizio che hanno interesse contrario alla riforma della sentenza, o alle parti stesse, ove siano comparse senza ministerio di procuratore, con citazione a comparire davanti alla Corte in un termine non maggiore di quindici, nè minore di cinque giorni, a pena di nullità. — *Art. 24.* Tostochè la sentenza di omologazione del concordato è definitivamente esecutiva, cessano le funzioni del commissario giudiziale. Il compenso dovutogli è liquidato dal giudice delegato. Ogni patto contrario è nullo. Al provvedimento del giudice delegato si applica la disposizione dell'art. 377 del Codice di procedura civile. — *Art. 25.* La omologazione rende obbligatorio il concordato preventivo per tutti i creditori. I creditori, anche se hanno volontariamente consentito al concordato, conservano impregiudicati i loro diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso: i quali hanno però diritto d'intervenire nel giudizio per proporre le loro osservazioni sul concordato. I creditori di una società non possono pretendere il pagamento del residuo dai soci illimitatamente responsabili se non dopo la omologazione del concordato e purchè questo ne contenga la espressa riserva. — *Art. 26.* I possessori di obbligazioni di una società commerciale che ha chiesto il concordato preventivo sono convocati separatamente dagli altri creditori. Il termine stabilito dall'art. 4 per la convocazione dei creditori può essere protratto fino a sessanta giorni. — *Art. 27.* Il concordato potrà contenere condizioni speciali per le obbligazioni avuto riguardo ai patti della loro emissione. — *Art. 28.* I possessori di obbligazioni al portatore che intervengono all'adunanza, devono presentare prima un elenco specificato delle obbligazioni da essi possedute rilasciato dalla cancelleria del tribunale, o dagli Istituti di emissione del Regno, o dagli Istituti di credito nazionali o stranieri, indicati nel decreto o nel provvedimento di cui all'articolo 6. Da questo elenco deve risultare che la cancelleria del tribunale o gl'Istituti suaccennati hanno fatto sopra tutte le obbligazioni elencate la menzione che queste si trovano vincolate ad una procedura di concordato. Tale menzione potrà farsi anche a mezzo di una speciale timbratura. Un elenco eguale dovranno presentare quei possessori di obbligazioni, anche nominative, che aderissero al concordato a termini dell'articolo 16. — *Art. 29.* Per l'approvazione della proposta di concordato deve concorrere l'adesione di tanti possessori di obbligazioni che rappresentino almeno i due terzi dell'ammontare complessivo delle obbligazioni emesse e non estinte. All'adunanza i possessori possono farsi rappresentare da mandatario speciale, con procura che può essere scritta senza formalità sull'elenco di cui è parola nel precedente articolo. Il verbale deve

titolo stesso del disegno di legge. Il disegno vuole che la nuova

---

essere sottoscritto dagli aderenti intervenuti all'adunanza. Sono valide le adesioni alle proposte del concordato anche nei venti giorni successivi alla sua approvazione o entro sessanta nel caso contemplato dal capoverso dell'art. 26. — *Art. 30.* I dissidenti e gli aderenti possono nominare, seduta stante, chi rappresenti il rispettivo gruppo nel giudizio di omologazione del concordato, determinandone le facoltà ed eleggendo un domicilio collettivo per ogni comunicazione. Queste deliberazioni sono prese dalla maggioranza per somma di ciascun gruppo, e, per avere efficacia, devono essere inserite nel processo verbale. — *Art. 31.* Le obbligazioni, rimborsabili per estrazione a sorte con somma superiore al prezzo di emissione, sono valutate in un importo equivalente al capitale che si ottiene riducendo al valore attuale, sulla base dell'interesse composto del cinque per cento, l'ammontare complessivo delle obbligazioni non ancora sorteggiate. Il valore di ciascuna obbligazione è dato dal quoziente che si ottiene dividendo questo capitale per il numero delle obbligazioni non estinte. Non si potrà in alcun caso attribuire alle obbligazioni un valore inferiore al prezzo di emissione. Tutte le altre obbligazioni saranno regolate dall'articolo 851 del Codice di commercio. — *Art. 32.* Sono applicabili al concordato preventivo le disposizioni degli articoli 842, 843, 844, 845 del Codice di commercio. Le disposizioni degli articoli 864, 866 e 867 del medesimo Codice, per quanto siano applicabili, sono estese rispettivamente al commissario giudiziale e ai creditori nella procedura di concordato preventivo.

Dei piccoli fallimenti. — *Art. 33.* Il commerciante i cui debiti commerciali e civili non superano nel loro complesso le lire diecimila, può chiedere al presidente del tribunale, nella cui giurisdizione ha lo stabilimento commerciale, la convocazione dei proprî creditori. La presentazione della domanda produce gli effetti stabiliti negli articoli 7, 8 e 9. Il presidente nomina d'ufficio un commissario giudiziale, il quale compie le sue funzioni sotto la direzione del pretore nel cui mandamento il ricorrente esercita il suo commercio. Il decreto presidenziale è comunicato immediatamente dal cancelliere al pretore ed al commissario. — *Art. 34.* Il pretore convoca i creditori e il commissario giudiziale per un'adunanza, da tenersi in pretura e alla sua presenza, non oltre trenta giorni dalla data del decreto. Nell'adunanza il commissario giudiziale riferisce sulle condizioni economiche e sulla condotta del debitore. Questi presenta le sue proposte di concordato. Tutte le deliberazioni dei creditori sono prese a maggioranza di voti e di somma come all'articolo 14 e osservato il disposto dell'articolo 15. Sono valide e si computano nella maggioranza le adesioni per lettera o per telegramma, di cui fu accertato il mittente, dirette al pretore o al commissario giudiziale. Sorgendo contestazioni, il pretore procura di conciliarle. Non riuscendovi, apprezzerà inappellabilmente in via provvisoria e presuntiva la sussistenza e l'ammontare dei crediti contestati al solo effetto di stabilire se concorrono le maggioranze richieste, senza pregiudizio delle pronunzie definitive. — *Art. 35.* Il verbale dell'adunanza, accompagnato da una relazione sulle cause e condizioni del dissesto

procedura prenda il posto della moratoria, di cui esso abroga tutte le disposizioni (art. 39). La sostituzione, debolmente combattuta

---

economico del debitore, è trasmesso dal commissario giudiziale al procuratore del Re. L'esercizio dell'azione penale non pregiudica la validità del concordato e non ne sospende l'esecuzione. — *Art. 36.* È esclusa l'azione penale per bancarotta semplice nei casi contemplati dall'art. 856, num. 5 e dall'art. 857 del Codice di commercio. Negli altri casi di bancarotta semplice, il tribunale può sospendere il procedimento penale e col completo adempimento delle obbligazioni assunte nel concordato dichiarare, anche in Camera di consiglio, estinta l'azione penale. — *Art. 37.* Il verbale di concordato produce gli effetti indicati nell'articolo 25 rispetto al debitore, ai coobbligati, fideiussori e ai soci illimitatamente responsabili. Nel caso che le proposte del debitore non siano accettate, la liquidazione e distribuzione dell'attivo è effettuata dal commissario giudiziale o dalla persona delegata dalle maggioranze dei creditori con le modalità dalle medesime stabilite. L'onorario dovuto al commissario giudiziale è liquidato dal pretore e vi si applicano le norme dell'articolo 24. — *Art. 38.* Se durante la procedura e prima della votazione del concordato, risulta che il passivo è superiore alle lire diecimila, il pretore rimette la conoscenza dell'affare al tribunale. Questo, sentito il debitore in Camera di consiglio, provvede in conformità degli articoli 3, 4 e 10.

Disposizioni comuni. — *Art. 39.* Con l'attuazione della presente legge restano abrogate le disposizioni del Codice di commercio relative alla moratoria e non saranno più soggetti alla procedura del fallimento i commercianti i cui debiti complessivi non superano le lire diecimila. Se nondimeno venga domandata la dichiarazione di fallimento del commerciante che non abbia chiesta la convocazione dei proprî creditori ai sensi dell'articolo 1 o 33, il tribunale, ove risulti che il passivo non superi le lire diecimila, provvede in conformità dell'articolo 33. Se poi il fallimento venga dichiarato ed in seguito risulti che le passività non superano le lire diecimila, può in qualunque momento essere revocato sopra ricorso del fallito, del curatore e di ogni interessato. La sentenza di revoca è pubblicata nei modi prescritti per la sentenza dichiarativa del fallimento. In essa il tribunale nomina il commissario giudiziale e ordina sieno consegnate a questo tutte le carte riferibili al fallimento esistenti presso la cancelleria od il curatore. La sentenza di revoca è inappellabile. — *Art. 40.* Chi abbia ottenuto una moratoria anteriore alla dichiarazione del fallimento ha facoltà di adottare il procedimento regolato dalla presente legge, ove ne concorrano gli estremi e purchè all'applicazione della medesima non sia scorso il termine pel quale la moratoria è stata concessa. Ai fallimenti già domandati o dichiarati nel giorno in cui entrerà in vigore la presente legge, le cui passività non superano le lire diecimila, si applicano le disposizioni del secondo e terzo alinea dell'articolo 39. Nei detti fallimenti l'azione penale per bancarotta semplice, in base agli articoli 856, num. 5 e 857 Codice di commercio, non può proseguirsi e le condanne inflitte per questo titolo rimangono prive di effetto.

durante la discussione al Senato (5), viene a togliere dalla nostra legislazione un istituto che non ha mai funzionato, si può dire, nella sua figura genuina, e che probabilmente, nella sua figura genuina non poteva funzionare. Il caso di un commerciante il cui attivo supera il passivo e che non trova altro mezzo per uscire dall'incaglio momentaneo dei suoi affari che il ricorrere ad una domanda di moratoria, è assai raro in pratica. L'accertamento della vera consistenza dell'attivo e del passivo sui libri e sulle dichiarazioni del debitore è difficile e pressochè impossibile non solo al magistrato che per il suo ufficio, la sua cultura, la sua inesperienza negli affari, non può essere in grado di valutare la consistenza di un patrimonio, ma anche al ragioniere e al contabile. Bisogna non aver per nulla pratica di affari per ignorare quanto sia difficile, anche con lunghe perizie, determinare il valore di un immobile, di un negozio, di una azienda, quante sorprese riserbi anche agli uomini d'affari la valutazione dei crediti, per far carico ai magistrati se di regola si ingannano nel concedere la moratoria. *È che la funzione a cui sono destinati dalla legge è una funzione a cui essi non possono adempiere.* L'indulgenza soverchia avrà la sua parte nella assoluta disapplicazione fatta finora delle norme scritte nel Codice sulla moratoria; ma il torto maggiore è certo della legge *che mette i magistrati nella necessità di mal giudicare.*

Difficile se non impossibile essendo dunque necessariamente l'applicazione *legale* dell'istituto della moratoria, questo si è venuto man mano snaturando: invece di essere un rimedio contro la temporanea *insolvenza* accompagnata da *sufficienza* patrimoniale, è andato diventando addirittura un rimedio contro la *insolvenza pura e semplice.* Con questo di grave che il rimedio è di necessità concesso facilmente a tutti coloro, degni ed indegni, che sappiano preparare sapientemente un bilancio fittizio: è un rimedio affatto inadeguato, perchè sei mesi ed anche un anno di tempo, quando è impossibile un concordato di maggioranza, non possono migliorare sensibilmente la posizione del commerciante dissestato, nè evitare la dichiarazione di fallimento: è un rimedio infine che alcune volte aggrava il male, perchè dà tempo al debitore di assottigliare l'at-

---

(5) V. Discorso dell'on. **Carnazza Puglisi**, *Atti Parlamentari. Discussioni al Senato. Legislatura XXI*, pag. 1455 e seg. — Discorso dell'on. **Guarneri**, *Atti Parlamentari. Discussioni al Senato*, pag. 1470 e seg.

tivo ed ai creditori più disonesti di premere per migliorare la loro condizione a detrimento degli altri.

302. Ciò premesso, possiamo delineare nei suoi tratti caratteristici e criticamente valutare la procedura organizzata dal disegno di legge:

A) **Apertura del procedimento.** — *a) Domanda di apertura.* — Il *debitore commerciante* può, fino a che il fallimento non sia dichiarato, domandare la convocazione dei propri creditori per una proposta di concordato (art. 1). Il concordato preventivo si presenta come un istituto proprio dei commercianti. L'opinione della minoranza della Sotto-commissione dei fallimenti, che proponeva di estendere il concordato preventivo anche ai debitori civili, sottoponendo anch'essi alla procedura civile di concorso in caso di rifiuto del concordato, non prevalse, per le solite ragioni di opportunità, perchè parve non conveniente ed esorbitante dai poteri della Commissione la riforma del procedimento esecutivo ordinario fatta a proposito della revisione del Codice di commercio (6). Ragioni formali, rivelanti la debolezza della causa che su di essa si appoggia: ragioni ad ogni modo che avrebbero dovuto esser vinte facilmente, quando le disposizioni sul concordato preventivo venivano stralciate dalla riforma generale del Codice e presentate al Parlamento come un progetto isolato ed autonomo.

La domanda deve essere presentata *prima della dichiarazione del fallimento:* ciò si comprende perchè si tratta di un procedimento essenzialmente *preventivo* diretto ad *evitare* il fallimento, non a sospenderlo quando è dichiarato. Il principio adottato è dunque giusto in sè: soltanto ci sembra non armonizzi con esso il sistema del Codice di commercio sulla dichiarazione di fallimento. Questa, come è noto, può avvenire, su domanda dei creditori o d'uffizio, senza che sia sentito neppure il debitore. È dunque possibile il caso che un creditore sollecito ottenga la dichiarazione di fallimento prima che il debitore, che pur ne sarebbe degno, abbia tempo di chiedere la convocazione dei creditori: egli può venire a conoscenza della domanda di fallimento quando il fallimento è dichiarato e la procedura di concordato preventivo è oramai divenuta

(6) V. *Relazione* **Bolaffio**, pag. 40 e seg.

impossibile. Questa conseguenza, è vero, ha anche il suo lato vantaggioso, perchè spingerà i debitori a chiedere il beneficio della procedura preventiva, prima che avvenga la effettiva cessazione dei pagamenti. Ma d'altro canto dà modo ai creditori maliziosi di privare il debitore del beneficio del concordato rispondendo ai suoi tentativi di accomodamento amichevole, di dilazione, di rinnovazione dei titoli, con una immediata domanda di fallimento che coglie il debitore alla sprovvista, mentre ancora spera nel buon esito delle trattative. A ciò si aggiunga la grave disuguaglianza di condizione che può derivare tra debitore e debitore: qualcuno avrà tempo di presentare la domanda di convocazione perchè i suoi creditori furono longanimi; per qualche altro avverrà che una dichiarazione di fallimento improvvisa tagli irrimediabilmente la strada alle sue legittime aspettative. Il rimedio a questo inconveniente c'è e consiste, ci sembra, nel prescrivere, come la dottrina da molto tempo desidera, che prima di dichiarare il fallimento di un commerciante, lo si senta almeno in Camera di Consiglio: con che non si farebbe perdere nulla in rapidità al procedimento di dichiarazione, si concederebbe al debitore il diritto sacro della difesa e si darebbe altresì modo a tutti coloro che ne sono degni di domandare in tempo la convocazione dei proprî creditori, evitando il fallimento. La convocazione deve domandarsi al tribunale dove è il *principale stabilimento* commerciale del debitore: ciò perchè anche la procedura di concordato preventivo, come la procedura di fallimento è *unica* e *collettiva:* abbraccia tutto il patrimonio del debitore, tutti i creditori e tutti i crediti.

La domanda deve essere accompagnata (art. 2):

α) dai libri di commercio obbligatorî;

β) da uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività;

γ) da un elenco dei creditori coll'indicazione dei rispettivi crediti;

δ) dalle proposte di concordato, o dai motivi per cui le proposte non possono essere fatte immediatamente.

Perchè la domanda *sia ammissibile*, debbono concorrere le seguenti condizioni, oltre alla presentazione dei libri e documenti predetti:

α) il debitore non deve essere stato condannato per falso, furto, bancarotta fraudolenta, appropriazione indebita, truffa o frode: deve aver soddisfatto completamente gli obblighi che avesse assunti in un precedente concordato preventivo o di fallimento, o

aver pagato in capitale, interessi e spese tutti i crediti annessi al passivo, qualora sia stato altra volta dichiarato in fallimento e questo non siasi chiuso con concordato;

β) il debitore deve offrire serie garanzie reali e personali di poter pagare almeno il 35 % dei crediti;

γ) non debbono essersi verificati fatti di fuga, latitanza, chiusura dei magazzini, trafugamento, sottrazione e diminuzione fraudolenta del patrimonio a danno dei creditori.

Secondo il progetto della Commissione, nessuna condizione particolare era richiesta per l'ammissibilità della domanda, oltre la presentazione dei libri e documenti: il giudizio sulla ammissibilità era deferito interamente al magistrato, il quale, nel suo prudente arbitrio, doveva decidere se il debitore fosse *meritevole di concordato*, al momento di omologare l'accordo concluso (7). Consentiamo colla *Relazione* Gianturco che accompagnò il progetto alla Camera (8), essere invece miglior consiglio stabilire fin dall'inizio taluni estremi, nel cui difetto la domanda di concordato sia inammissibile. Il sistema del *progetto definitivo*, il quale stabiliva dovere il tribunale ordinare la convocazione sulla semplice verificazione " della regolarità del ricorso " (9), era certamente assai pericoloso, perchè offriva modo a qualunque debitore, anche immeritevole, di conseguire intanto, subito, l'effetto moratorio della convocazione, e quindi un ritardo nella dichiarazione del fallimento. Reputiamo però che la modificazione non sia ancora sufficiente. Il pericolo che parte dei vantaggi della procedura di concordato preventivo venga concessa anche ai debitori immeritevoli, ai quali il tribunale debba poi negare l'omologazione dell'accordo perchè *non meritevoli di concordato*, sussiste sempre, sebbene diminuito anche nel progetto approvato dal Senato. Può darsi il caso che fin dal principio riesca evidente l'indegnità del debitore: può darsi il caso che fin dal principio il magistrato preveda di non poter poi omologare l'accordo, malgrado non concorra nessuna delle condizioni di inammissibilità prevedute dalla legge. Perchè allora aprire un procedimento che non potrà dare alcun risultato utile?

---

(7) Art. 23 del *Progetto definitivo*.

(8) *Atti Parlamentari*. Camera dei deputati, Legislatura XX, 1ª Sessione 1897, num. 209, pag. 3.

(9) Art. 3.

Perchè concedere al debitore una tregua che egli non merita e che non ha scopo? Val meglio senz'altro dichiarare il fallimento ed incominciare la procedura esecutiva di concorso prima che l'attivo possa essere disperso, o trattative fraudolente avviate segretamente con alcuni creditori a danno degli altri. Prudente misura ci sembrerebbe perciò concedere al tribunale facoltà di non aprire il procedimento di concordato preventivo, quando, pur non esistendo ragioni specifiche di inammissibilità, reputi fin dal principio il richiedente immeritevole di concordato. L'art. 4 *principio*, andrebbe perciò così modificato: " Se il tribunale riconosce regolare e ammissibile il ricorso, *ed inoltre, reputa il ricorrente meritevole del beneficio del concordato*, ordina ecc. ". A dire il vero, noi avremmo forse preferito, alla determinazione casuistica dei motivi di inammissibilità, la formola proposta dal Sacerdoti, il quale riteneva dovessero escludersi dal beneficio del concordato preventivo i debitori, i quali fossero in *dolo* o *colpa grave* (10), formola precisa, già nota al linguaggio legislativo italiano, e che rende un concetto profondamente elaborato dalla dottrina. Ma se si crede migliore la determinazione casuistica, occorre dar modo al magistrato di non aprire procedimenti che si rivelano inutili fin dal principio. Tanto più che, pur approvando gli intendimenti che dettarono la disposizione colla quale si richiede l'assicurazione di un dividendo minimo del 35 %, confessiamo di essere perfettamente scettici sulla efficacia pratica di essa perchè, fra l'altro, per verificare se le garanzie offerte coprono *realmente* il 35 % del passivo, bisogna conoscere l'ammontare *esatto* del passivo, e ciò non è possibile al magistrato, sulle semplici dichiarazioni del debitore e dalla sola ispezione dei suoi libri.

Per le *società commerciali* è disposto:

α) che la domanda debba essere rivolta al tribunale in cui la società ha la propria sede da coloro che hanno la firma sociale;

β) che solo le società legalmente costituite possono ottenere la convocazione;

γ) che la domanda di convocazione debba essere accompagnata dai documenti che ne comprovano la legale costituzione.

Ambedue le disposizioni che restringono alle società legalmente

(10) **Sacerdoti**, *Osservazioni sul progetto della Commissione ministeriale*, pag. 9 e seg.

costituite il beneficio del concordato preventivo sono lodevoli e contribuiranno a far rientrare nell'orbita della legge molte società che o per incuria, o per timore delle asprezze fiscali, omettono di far regolarmente trascrivere e pubblicare il loro atto costitutivo.

303. *b) Ordinanza del tribunale che apre il procedimento.* — Riconosciuta la regolarità e l'ammissibilità del ricorso, il tribunale apre il procedimento di concordato preventivo (art. 4): abbiamo osservato come al tribunale si dovrebbe dare facoltà di respingere la domanda, anche quando ne sia provata la regolarità ed ammissibilità.

L'apertura del procedimento è fatta con *decreto*, deliberato, s'intende, in Camera di Consiglio. Il decreto deve dare tutte le disposizioni necessarie per l'inizio e l'organizzazione della procedura: e perciò deve (art. 4):

α) ordinare la convocazione dei creditori per discutere e deliberare sulla proposta di concordato;

β) nominare un giudice delegato alla procedura di concordato, davanti al quale deve aver luogo l'adunanza;

γ) stabilire il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza, che deve aver luogo non oltre trenta giorni dalla data del provvedimento;

δ) stabilire il termine entro il quale il provvedimento deve essere pubblicato e comunicato ai creditori;

ε) nominare un commissario (che non può essere uno dei creditori), coll'incarico di invigilare l'amministrazione dell'azienda, di accertarne l'attivo e il passivo e di indagare sulla condotta del debitore;

ζ) nominare una Commissione di creditori coll'incarico di esaminare la situazione economica e la condotta del debitore;

η) assegnare al ricorrente un termine per completare l'elenco dei creditori, quando sia stata nel ricorso dimostrata l'impossibilità di presentarlo completo.

Il decreto non è soggetto a reclamo: esso è pubblicato a cura del cancelliere mediante affissione alla porta esterna del tribunale e mediante inserzione per estratto nel foglio degli annunzi legali: è inoltre trascritto all'ufficio delle ipoteche (art. 5). Occorrendo, a giudizio del tribunale, una maggior pubblicità, l'inserzione è fatta in altri giornali, anche esteri (art. 5_2).

La convocazione è fatta a cura del cancelliere mediante lettera

o telegramma, dice il progetto, *raccomandati* (art. 5_3): è da osservare però che i regolamenti telegrafici italiani non conoscono il *telegramma raccomandato.*

Maggiore è la pubblicità prescritta quando il ricorrente è una *società commerciale che ha emesso obbligazioni:* occorre almeno, oltre l'affissione alla porta esterna del tribunale, anche l'affissione nei locali delle Borse del Regno, e l'inserzione per estratto nella *Gazzetta Ufficiale* e nei giornali degli annunzi giudiziari dei luoghi dove la società ha sedi, succursali, agenzie e rappresentanze. Inoltre il tribunale, nel decreto stesso di convocazione o con provvedimento posteriore, prefigge gli altri modi di pubblicità della convocazione che crede opportuni, e determina gli Istituti di credito nazionali e stranieri autorizzati a ritirare le obbligazioni dai possessori, ad apporvi la menzione che si trovano vincolate ad una procedura di concordato, ed a rilasciarne un elenco (art. 6 e 28). Veramente, la dizione dell'art. 6 è ambigua e farebbe sospettare che alla maggior pubblicità della affissione nei locali delle Borse, e della inserzione nella *Gazzetta Ufficiale* e nei giornali degli annunzi dei luoghi dove la società ha sedi, succursali e rappresentanze, siano sottoposti gli avvisi di convocazione non solo delle società che hanno emesso obbligazioni, ma di tutte le società commerciali. L'art. 6 infatti dopo aver detto che " *se si tratta di società che ha emesso obbligazioni*, il decreto o un provvedimento posteriore prefigge i modi di pubblicità dell'avviso di convocazione e contiene le altre indicazioni prescritte dall'art. 28 " aggiunge che " *in ogni modo* l'avviso deve essere affisso alla porta esterna del tribunale e nei locali della Borsa, ecc. ": onde potrebbe credersi che queste ultime disposizioni si riferissero anche alle società *che non hanno emesso obbligazioni.* Ma questa interpretazione è esclusa dalle seguenti considerazioni: 1° *in ogni modo* significa che la pubblicità prescritta dal tribunale deve essere almeno quella di cui al capoverso dell'articolo 6; 2° non si comprenderebbe perchè l'avviso di convocazione dovesse essere affisso nei locali di tutte le Borse del Regno, se si trattasse di *qualunque specie di società*, e non delle sole società *che hanno emesso obbligazioni:* è giusto che i frequentatori delle Borse di tutto il Regno, dove si negoziano i titoli emessi dalle varie società industriali, siano informati della procedura di concordato preventivo a cui sono soggette le obbligazioni emesse da una determinata società: sarebbe inutile che fossero informati

della procedura di concordato preventivo ottenuta da una minuscola e lontana società in nome collettivo, di cui ignorano perfino l'esistenza. Ad ogni modo l'equivoco c'è nella dizione dell'art. 6 ed è sorto per un rimaneggiamento di questa disposizione fatto nel secondo progetto Gianturco presentato al Senato: nè sarebbe inopportuno toglierlo, con una più chiara formulazione del capoverso.

Il decreto di convocazione è anche annotato in calce all'ultima scrittura dei libri presentati, i quali sono restituiti al debitore (art. 4_6): evidentemente perchè non possano esservi fatte aggiunte o alterazioni.

304. B) **Condizione giuridica del debitore e dei creditori durante il procedimento di concordato preventivo.** — *a) Condizione giuridica del debitore.* — Il debitore non viene privato affatto, come lo è invece nel fallimento, della amministrazione e della libera disponibilità dei suoi beni: egli resta alla testa dei suoi affari, continua il suo commercio, compra e vende liberamente. È soltanto sottoposto ad un triplice ordine di restrizioni: α) Deve tollerare la vigilanza del commissario giudiziale e del giudice delegato: del primo specialmente, che potrà ispezionare i suoi libri, prendere informazioni delle operazioni in corso, far verifiche di cassa, controllare l'entrata e l'uscita dei magazzini, ecc. (art. 8); β) L'azione del debitore è inoltre limitata in alcuni più gravi atti di disposizione: egli non può *contrarre mutui, transigere, compromettere, ipotecare o alienare beni immobili, e costituire pegni* senza autorizzazione del giudice delegato, che la darà nei soli casi di utilità o necessità evidenti, sentito il parere della Commissione dei creditori (art. 9). Il testo del disegno di legge approvato dal Senato migliora qui sensibilmente il *Progetto definitivo* della Commissione, il quale vietava al debitore anche di *contrarre nuovi debiti* (articolo 6), imponendogli di acquistar merci solo *a pronta cassa* (11) con che evidentemente gli si rendeva *praticamente* quasi impossibile la continuazione del commercio. Con miglior consiglio il testo approvato dal Senato limita il divieto alla conclusione di *mutui*, escludendo il caso in cui il debito rappresenti il corrispettivo di merce entrata

(11) *Relazione* citata, pag. 67.

nei magazzini; γ) Infine sono interdetti *assolutamente* al debitore tutte le donazioni e gli atti a titolo gratuito e di fideiussione per tutta la durata della procedura di concordato preventivo (art. 9).

La sanzione del divieto di fare gli atti enumerati *sub* β) senza l'autorizzazione del giudice delegato, e quella dell'assoluto divieto di fare gli atti enumerati *sub* γ) è la *inefficacia* di essi rispetto ai creditori (art. 9). Gli atti non sono già *nulli di nullità assoluta*, sono *nulli di nullità relativa*, nel senso che solo ai creditori è data facoltà di disconoscerli: ma *rispetto ai contraenti*, restano pienamente validi ed efficaci. La legge parlando appunto di *inefficacia*, è evidente che i creditori potranno senz'altro rifiutarsi di riconoscere le conseguenze degli atti compiuti in violazione dell'art. 9 e non avranno bisogno di *impugnarli* per farne previamente dichiarare giudizialmente la nullità.

Durante il corso della procedura, se il debitore non osserva i limiti posti dalla legge alla sua libertà d'azione o se risulta che ha dissimulato l'attivo o il passivo o esagerato il passivo, deve esser dichiarato senz'altro in fallimento (art. 10).

Questo sistema di vigilanza e di limitazioni poste all'attività del debitore dopo l'apertura del procedimento è sembrato insufficiente al Prof. Sacerdoti che ha chiesto addirittura, anche nella procedura di concordato preventivo, lo *spossessamento* e la devoluzione dell'amministrazione ad un curatore, sull'esempio di quanto prescrive il *Bankruptcy Act* inglese (12). Non ci dissimuliamo la possibilità e il pericolo che le misure adottate dal Progetto per impedire la sottrazione o la dispersione del pegno comune riescano qualche volta insufficienti. Ma bisogna tener conto che presupposto necessario dell'apertura del procedimento è l'onestà e la buona fede del debitore: che il concordato preventivo è un beneficio concesso soltanto ai debitori degni di un trattamento più mite, e si potrà allora trovare giustificato che la legge si mostri menò sospettosa verso un debitore a cui un giudizio del tribunale ha già dato una patente di moralità. Che se anche nel concordato preventivo, si volesse sancire, come nel fallimento, il principio dello spossessamento, la nuova procedura verrebbe in gran parte meno al suo scopo, che è quello appunto di evitare al debitore la *deminutio capitis* derivante dalla perdita della gestione patrimoniale, ed al

---

(12) **Sacerdoti**, *Osservazioni sul progetto per il concordato preventivo*, pag. 14.

commercio la liquidazione di aziende che hanno ancora speranza di risollevarsi: l'esercizio provvisorio per conto dei creditori non rappresentando che uno spediente inadatto allo scopo, come è ottimamente rilevato nella *Relazione* Bolaffio (13). Nè ci sembra calzi perfettamente l'esempio dell' Inghilterra acutamente addotto dal Sacerdoti. Secondo il *Bankruptcy Act* inglese, la procedura *preventiva* rappresenta lo stadio preliminare di ogni fallimento, anche doloso o colposo, ed ogni debitore, anche disonesto o di mala fede, può approfittarne: è giusto dunque che fin dal principio la legge sospetti e sottragga l'amministrazione del patrimonio al debitore. Ma il concetto e lo spirito della procedura preventiva organizzata dal Progetto essendo totalmente diverso, non è illogico che diversi siano anche i provvedimenti diretti a garantire l' integrità dell'attivo.

Il fatto di essere sottoposto a una procedura di concordato preventivo non importa, secondo il disegno di legge, alcuna decadenza civile o politica a carico del debitore. Questa indulgenza ci sembra soverchia: sta bene non trattare il debitore che ha ottenuto la convocazione dei creditori come un debitore fallito: ma è facile persuadersi che non è giusto, e sopratutto non è morale che un cittadino, sia pure non colpevole, o solo tenuamente colpevole della sua insolvenza, continui ad amministrare la cosa pubblica, mentre la legge gli toglie la piena disponibilità del suo patrimonio privato. Almeno la *ineleggibilità temporanea*, cioè durante il periodo delle trattative e fino a concordato omologato, occorrerebbe sancire a carico del debitore: integri restando i suoi diritti all'*elettorato* e integra la sua capacità civile.

305. *b*) *Condizione giuridica dei creditori.* — I creditori, durante il procedimento di concordato preventivo, sono, come nel fallimento, riuniti in una collettività per il mantenimento della eguaglianza: l'esercizio dei diritti di credito non è consentito se non collettivamente ed è limitato alle misure conservative necessarie per assicurare l'integrità del pegno comune ed al diritto di voto nel concordato. Quindi, come nel fallimento, le esecuzioni individuali sono sospese: nessun creditore può acquistare, a qualsiasi titolo, diritti di prelazione sui beni mobili ed immobili del debi-

---

(13) *Relazione od esposizione dei motivi*, pagg. 67 e 68.

tore: le prescrizioni, perenzioni e decadenze sono interrotte, i crediti a scadenza scadono ed è sospeso il corso degli interessi (art. 7). Conseguentemente, tutti i diritti conferiti ai creditori: diritto di vigilanza, diritto di disconoscere gli atti di alienazione vietati, sono esercitati *collettivamente* dai creditori a mezzo dei loro rappresentanti e dei loro organi: commissario giudiziale e commissione di vigilanza, non *individualmente* dai singoli creditori.

La comunione, secondo l'art. 7 del disegno di legge, si forma *fin dalla data della presentazione del ricorso*. È dunque *dalla data della presentazione* del ricorso che si produce l'effetto *moratorio* del procedimento, il quale dura " fino a che il ricorso non è respinto o, se è accolto, fino a che la sentenza di omologazione del concordato sia definitivamente esecutiva „. La *Relazione* giustifica questa grave conseguenza riannodata al semplice fatto della *presentazione del ricorso* colla necessità di " impedire che qualche creditore, sollecitamente informato della presentazione del ricorso, sfruttando il ritardo che il tribunale, anche soltanto per esigenze di servizio, può mettere alla emanazione del decreto, con fulminea rapidità — di cui si hanno attualmente deplorevoli e ripetuti esempi nella procedura di moratoria — acquisti o tenti procurarsi diritti di priorità di fronte agli altri creditori „ (14). Questi inconvenienti esistono sicuramente, ma il rimedio non darà luogo a inconvenienti maggiori? Se la semplice *presentazione* di una domanda di concordato preventivo basta per procurare al debitore una dilazione che dura fintantochè un decreto del tribunale non interviene a respingere l'istanza, accadrà certo che ogni debitore, quando veda imminente ed inevitabile una dichiarazione di fallimento, si affretterà a fare una domanda di convocazione dei creditori: il che basterà, in ogni caso, a fargli avere una tregua da cui certo non trarrà vantaggio l'eguaglianza fra i creditori, nè l'integrità dell'attivo. La regola adunque che riannoda l'effetto moratorio alla semplice presentazione della domanda, eccede, ci pare, lo scopo: per il quale sarebbe bastato che si fosse stabilita, *a procedimento aperto*, la inefficacia dei diritti di prelazione acquistati posteriormente alla domanda e anche nei cinque o dieci giorni anteriori alla domanda. Ad ogni modo, accolto il principio della sospensione delle azioni individuali dalla data della presentazione della domanda, sarebbe

(14) *Relazione od esposizione dei motivi*, pagg. 62 e 63.

stato giusto altresì prescrivere che dalla data della presentazione incominciassero ad aver vigore le limitazioni alla libertà d'azione del debitore: perchè è contradittorio porre i creditori nella impossibilità di far valere i loro diritti, e lasciar libero il debitore di amministrare e disporre a suo piacimento dei beni costituenti la garanzia comune dei creditori.

306. C) **Verifica dei crediti.** — È questa la parte più difettosa del disegno di legge. Il Progetto della Commissione stabiliva: — che il giudice delegato dovesse, sulla scorta delle indagini e delle osservazioni del commissario, compilare tre elenchi dei crediti, collocando nel primo i crediti giustificati; nel secondo i crediti non pienamente giustificati, ma ammessi provvisoriamente alle votazioni; nel terzo i crediti non giustificati affatto ed esclusi perciò dalle votazioni; — che gli elenchi potessero essere modificati dal giudice fino al momento della deliberazione del concordato e dovessero essere depositati nella cancelleria a disposizione del debitore e dei creditori (art. 10); — che, infine, le contestazioni, dovessero essere fatte nell'assemblea del concordato (art. 12). Questo sistema, certo non perfetto, è stato notevolmente peggiorato dal Progetto ministeriale, i cui difetti sono tutti passati nel disegno di legge approvato dalla Camera alta. Secondo gli art. 11, 13 e 19 del disegno, la verificazione dei crediti si fa nel seguente modo: il commissario giudiziale, con la scorta dei libri e delle carte del debitore e delle notizie che può raccogliere, verifica l'elenco presentato dal medesimo, e vi introduce le necessarie modificazioni: quindi redige un rapporto particolareggiato sulla condizione economica e sulla condotta del debitore, depositandolo in cancelleria almeno tre giorni prima dell'adunanza stabilita per il concordato. Nell'adunanza ogni creditore può contestare i crediti: e delle contestazioni si fa menzione nel processo verbale: sulle contestazioni si pronuncia il tribunale in sede di omologazione, apprezzando in via provvisoria e presuntiva l'ammontare dei crediti contestati, al solo effetto di stabilire se concorrono le maggioranze richieste, senza pregiudizio delle pronunzie definitive.

In questo nuovo sistema, i vantaggi del sistema adottato nel *Progetto* della Commissione sono scomparsi, e gli inconvenienti si sono aggravati. Nel Progetto una verificazione di crediti, sebbene sommaria, vi era: la formazione degli elenchi era devoluta al giu-

dice delegato, il quale, classificando i crediti in giustificati, non pienamente giustificati e non giustificati affatto, emetteva un giudizio preliminare sulla loro sussistenza, che costituiva già una garanzia abbastanza sicura che alla votazione avrebbero partecipato solo i veri creditori. La pubblicazione degli elenchi in cancelleria dava poi modo agli interessati, debitore e creditori, di prender notizia delle deliberazioni del giudice e di recarsi all'assemblea preparati a contestare i crediti erroneamente ammessi come giustificati o esclusi come ingiustificati. Tutto ciò è scomparso nel Progetto ministeriale, nè si trova nel disegno di legge approvato dal Senato: la verificazione dei crediti è fatta non più dal giudice, ma dal commissario giudiziale, garanzia ben diversa e minore: non si formano più elenchi di cui gli interessati possano prender notizia: ma solo un rapporto, a cui si dà una pubblicità insufficiente ed affrettata. — Non è necessario essere profeti per prevedere che gli inconvenienti a cui dà luogo la imperfetta procedura di verificazione nel fallimento, la quale riserba tante e così ingrate sorprese nella formazione della maggioranza concordataria nella procedura di fallimento, resteranno centuplicati e i concordati preventivi saranno bene spesso votati da maggioranze fittizie. Il disegno di legge si preoccupa del pericolo di *omissioni* nell'elenco dei crediti: ma la vera piaga dei fallimenti di oggi e dei concordati preventivi di domani non sono le dissimulazioni dell'attivo, rare a verificarsi, ma le *esagerazioni del passivo*, la creazione di crediti simulati per la formazione di maggioranze fittizie. — Saggio consiglio sarebbe perciò, su questo punto, tornare alle disposizioni del Progetto della Commissione, aggiungendo qualche altra garanzia, anche a costo di allungare il procedimento di verificazione. Nè con ciò si duplicherebbe la procedura di fallimento; la quale duplicazione si eviterebbe facilmente aggiungendo che, in caso di successiva dichiarazione di fallimento, i crediti non contestati si considerano ammessi definitivamente: quelli contestati ma ritenuti giustificati dal giudice e dal tribunale si considerano ammessi provvisoriamente. In tal modo la procedura di verificazione in caso di fallimento sarebbe esaurita con un rinvio delle parti ad udienza fissa davanti al tribunale per la sola pronuncia definitiva sui crediti contestati.

307. D) **Conclusione del concordato.** — *a) Riunione del debitore e dei creditori.* — Il debitore, o chi ne ha la legale rap-

presentanza, deve intervenire personalmente: solo in caso di assoluto impedimento accertato dal giudice delegato può farsi rappresentare da un mandatario speciale (art. 12_3). I creditori possono intervenire o personalmente o a mezzo di mandatario speciale: il mandato può essere scritto senza formalità sulla lettera o sul telegramma di convocazione (art. 12_2): all'adunanza interviene anche il commissario giudiziale (art. 12_3): tiene la presidenza il giudice delegato (art. 12_1). Dopo la lettura del rapporto del commissario e il parere della Commissione dei creditori, il debitore presenta le sue proposte (art. 12_4): ogni creditore può contestare i crediti, o fare osservazioni sulla opportunità del concordato in generale e sulla accettabilità delle proposte: il debitore ha facoltà di rispondere e deve fornire tutti gli schiarimenti richiesti: del tutto si fa menzione nel processo verbale (art. 13). Se non sia possibile terminare tutte queste operazioni in un sol giorno, la loro continuazione s'intende rimessa nel prossimo giorno non festivo, senza bisogno di alcun avviso ai comparsi ed assenti, e così di seguito fino al termine delle operazioni (art. 12_5).

308. *b) Accettazione del concordato.* — Le proposte del debitore debbono essere approvate dalla *maggioranza* dei creditori *votanti*, la quale rappresenti i *tre quarti* della *totalità* dei crediti chirografari (art. 14_1). Si è qui innovato sul sistema del Codice, in quanto la maggioranza *di numero* si calcola sui creditori *votanti*, mentre la maggioranza *di somma* si calcola su tutti i crediti. Questo leggiero mutamento si trovava anche nel Progetto della Commissione, il quale però, anche in questo punto, era assai superiore al disegno di legge ministeriale, approvato dal Senato. Nel Progetto della Commissione era richiesta una maggioranza tanto più rilevante, quanto minore fosse il dividendo offerto: la maggioranza di numero rappresentante i tre quarti in somma quando il dividendo fosse almeno del 60 %; la stessa maggioranza rappresentante i quattro quinti in somma quando il dividendo fosse almeno il 25 %; la maggioranza dei due terzi in numero rappresentante pure i quattro quinti in somma se l'offerta fosse minore del 25 % (art. 15). La *Relazione* che accompagnò il primo Progetto ministeriale così giustificava il mutamento: " È sagace provvedimento quello della Commissione ministeriale, di maggioranze tanto più rilevanti quanto minore è il dividendo offerto; ma dacchè

io propongo un limite legale sotto il quale il concordato è inammissibile, mi è sembrata inutile una scala progressiva di voti in relazione alla entità del dividendo offerto „ (15). In realtà, la poco felice e punto efficace innovazione del disegno di legge di non ammettere la convocazione dei creditori se non quando il debitore offra garanzia di poter pagare una certa percentuale dei suoi debiti, sia questa percentuale del 50 %, come proponeva il primo Progetto Gianturco, o del 40 %, come proponeva il secondo Progetto dello stesso Ministro, o del 35 %, come ha approvato il Senato, non rende per nulla meno utile o meno opportuna la proposta della Commissione ministeriale. Che la maggioranza debba essere tanto più forte, quanto più esiguo è il dividendo, è logico, considerato il fondamento e la ragione della obbligatorietà dell'accordo di maggioranza: quanto più grave è il sacrifizio che la deliberazione della maggioranza impone alla collettività, tanto più è necessario assicurare la certezza che l'apprezzamento contenuto nella deliberazione della maggioranza sia l'espressione vera dell'interesse comune: quindi necessario che quell'apprezzamento sia condiviso da un numero più grande di membri della collettività. Questa necessità non è alterata punto dal fatto che sia richiesta la garanzia di una percentuale minima per l'apertura del procedimento: anzitutto la difficoltà di determinare *a priori* se le garanzie offerte assicurino realmente la percentuale richiesta, apre l'adito alla possibilità che, aperto il procedimento, venga poi concordata una percentuale *inferiore* a quella stabilita come minimo per la convocazione dei creditori. Inoltre, il sacrifizio dei creditori non può misurarsi con criteri assoluti: nè la deliberazione della maggioranza ha meno bisogno di garanzie che ne assicurino l'esatta corrispondenza coll'interesse comune dei creditori solo perchè la percentuale da essa accettata non può essere inferiore al 35 %: l'entità del sacrifizio non si misura solo dalla entità della percentuale, ma anche dalla sua corrispondenza coll'attivo costituente la garanzia comune dei creditori.

Al voto sono ammessi solo i creditori chirografari: gli ipotecari e privilegiati non possono prendervi parte che rinunziando al privilegio o all'ipoteca: è ammessa una rinuncia parziale non inferiore

---

(15) *Relazione* **Gianturco**, *Atti Parlamentari*. Camera dei Deputati. Legislatura XX, 1ª sessione 1897, num. 209, pag. 6.

al *terzo* dell'intiero credito. Il voto dato senza dichiarazione di limitata rinuncia importa di diritto rinuncia al privilegio o all'ipoteca (art. 14). Sono esclusi dal voto, perchè sospetti, il coniuge, ed i parenti ed affini sino al quarto grado del debitore: ne sono parimenti esclusi i cessionari dei crediti nell'anno precedente alla domanda di concordato (art. 15). Il rigore usato è qui forse soverchio: non si può colpire di una presunzione di frode tutte le cessioni di credito fatte nell'anno antecedente alla domanda di concordato. Più giusta appare invece la disposizione che esclude dal voto i parenti prossimi: non tanto perchè i crediti di questi debbono presumersi simulati, ma perchè l'affetto che li lega al debitore turba necessariamente il loro giudizio e non li rende buoni giudici dell'interesse comune: quindi è opportuno che siano esclusi dal computo della maggioranza, cioè sia loro negato il diritto di decidere sugli interessi della collettività.

Il voto può essere dato, oltre che *di presenza* nell'assemblea, anche per lettera o per telegramma, di cui sia accertato il mittente, diretti al giudice delegato, o al cancelliere, entro i venti giorni successivi alla chiusura del processo verbale dell'adunanza (art. 16).

309. *c) Accettazione dei possessori di obbligazioni nei concordati sociali.* — È questa una delle parti più importanti e più nuove del disegno di legge. Il principio stabilito è quello di organizzare collettivamente, e separatamente dagli altri creditori, tutti i portatori di obbligazioni. Il disegno di legge prescrive che gli obbligazionisti siano convocati separatamente dagli altri creditori; e che il termine per la loro convocazione possa esser protratto fino a sessanta giorni (art. 26). La qualità di obbligazionista è accertata da un certificato rilasciato sia dalla cancelleria del tribunale, sia da un Istituto di emissione, sia da uno fra gli Istituti di credito italiani o esteri a ciò autorizzati dal decreto di convocazione, dal quale risulti specificatamente quali e quante sono le obbligazioni possedute. La cancelleria o l'Istituto di emissione o di credito, deve, nel rilasciare tale certificato, annotare sui titoli che essi sono sottoposti ad una procedura di concordato preventivo (art. 28). In tal modo si ha questo risultato: che il diritto al voto spetta, non già a coloro che si legittimano possessori delle obbligazioni, ma ai titolari dei certificati, i quali possono non essere più i possessori, sebbene coloro a cui essi hanno ceduti i titoli, siano avvi-

sati della procedura in corso e sappiano che dei loro titoli disporrà, nell'assemblea concordataria, chi non ne è più possessore. Il sistema del Progetto compilato dalla Commissione ministeriale era assai diverso in questo punto: esso richiedeva che l'accertamento della qualità di creditori fosse fatto mediante deposito delle obbligazioni (per quelle al portatore soltanto, s'intende) nella cancelleria del tribunale, dove dovevano rimanere fino al termine del giudizio. Questo sistema offriva certo qualche inconveniente, perchè toglieva alla circolazione le obbligazioni e danneggiava maggiormente i possessori, impossibilitati a disfarsene, quando ne avessero avuto bisogno o se ne fosse presentata l'occasione: dimodochè questa immobilizzazione forzata avrebbe probabilmente contribuito ad aumentare il tracollo dei titoli, all'apertura del procedimento. Ma molto maggiori sono gli inconvenienti del sistema adottato dal disegno di legge: il qual sistema non solo viola il principio che i diritti di creditore, ivi compreso naturalmente in prima linea quello di consentire riduzioni del credito, spettano, nei titoli di credito, a chi se ne legittima possessore, secondo le forme proprie della loro circolazione: ma, mettendo il nuovo possessore in balìa dell'antico, contribuisce anch'esso a deprezzare il titolo e a renderne difficile la circolazione. È verosimile infatti che l'acquirente, al momento dell'acquisto, tenga presente, nell'offerta del prezzo, la circostanza che egli non può disporre liberamente dei diritti conferitigli dal titolo, ma che per lui ne dispone chi nel titolo non ha più alcun interesse. Gli inconvenienti che si potevano verificare nel sistema del Progetto primitivo, si sarebbero benissimo evitati, stabilendo un breve termine anteriore alla convocazione dell'adunanza, entro il quale i titoli dovessero essere depositati: e prescrivendo che, appena concluso l'accordo, o anche, appena omologato, dovessero restituirsi, facendo menzione sui titoli dell'avvenuto concordato. E nulla vietava parimenti di stabilire che il deposito potesse farsi, oltre che nella cancelleria del tribunale, anche presso Istituti di emissione o presso Istituti di credito italiani ed esteri a ciò autorizzati (16).

---

(16) La modificazione al Progetto della Commissione, il quale con qualche variante non sostanziale, era, in questa parte, seguìto dai due Progetti ministeriali, fu introdotta dall'Ufficio centrale del Senato (v. *Atti Parlamentari*. Senato del Regno, Legislatura XXI, 1ª Sessione 1900-1901. *Documenti*, num. 17-A. *Relazione* **Lucchini**, pag. 9).

Convocati separatamente, gli obbligazionisti si riuniscono e deliberano pure separatamente: valgono per le riunioni le stesse norme prescritte per la riunione degli altri creditori: essi possono intervenire o personalmente o a mezzo di mandatario speciale, con procura che può essere scritta senza formalità sul certificato contenente l'elenco delle obbligazioni possedute (art. 29_2). Per l'accettazione del concordato da parte degli obbligazionisti è necessaria l'adesione di tanti possessori di obbligazioni che rappresentino almeno i due terzi dell'ammontare delle obbligazioni emesse e non estinte (art. 29_1). Si rende così omaggio al principio che le obbligazioni sono frazioni uniformi di un *prestito unico*, non già titoli uniformi di *prestiti diversi*. Ma il modo con cui è organizzato il sistema, giusto e logico nel suo fondamento, non ci sembra risponda pienamente al concetto, altrettanto vero, che gli obbligazionisti, benchè titolari di frazioni di un credito *unico*, sono creditori chirografari al pari e cogli stessi diritti degli altri creditori votanti nel concordato. Scindendo così nettamente i creditori in due gruppi: obbligazionisti e non obbligazionisti, e richiedendo, per l'approvazione del concordato, *separatamente*, l'accettazione della maggioranza degli uni e degli altri, si giunge al risultato di non ritenere concluso l'accordo in casi, nei quali, sebbene in uno dei gruppi non si sia raggiunta la maggioranza di somma necessaria, la maggioranza di somma calcolata sul *complesso* dei crediti si è ottenuta, perchè nell'altro gruppo i crediti degli aderenti rappresentano una maggioranza esuberante. Si vede perciò che ad uno dei gruppi viene data una prevalenza ingiusta, riconoscendogli il diritto di impedire la conclusione del concordato quando la maggioranza di tutti i crediti si è raggiunta; e così crediti della stessa natura ricevono un trattamento diverso, solo perchè nella massa dei crediti ve n'ha uno, il quale, sebbene unico, è frazionato fra più creditori. È chiaro adunque che in tal modo si va oltre allo scopo, che è quello di ottenere una deliberazione unica per tutto il credito, che è unico, avendo riguardo all'ammontare complessivo di esso, non al numero dei possessori fra i quali, casualmente o artificialmente, le obbligazioni sono ripartite (17). Senza dunque richiedere l'adesione simultanea di ambedue le assemblee, bastava

(17) *Relazione* **Gianturco** alla Camera. *Atti Parlamentari*. Camera dei deputati, Legislatura XX, 1ª Sessione 1897, *Documenti*, num. 209, pag. 8.

stabilire che, nel computo dei voti, i possessori delle obbligazioni emesse in un unico prestito sono calcolati tutti come aderenti o come non aderenti, secondo che in separata riunione la maggioranza di essi ha accettato o non ha accettato le proposte del debitore. A questo concetto si era accostato il testo della Commissione ministeriale, il quale (art. 33) stabiliva che quando in una delle due votazioni, cioè o in quella degli obbligazionisti, o in quella dei non obbligazionisti, si fosse raggiunta la maggioranza, il concordato potesse essere omologato, anche se nell'altra votazione la maggioranza non si fosse raggiunta, purchè però anche in questa vi fosse l'accettazione di tanti creditori che rappresentassero almeno un terzo dei crediti di quel gruppo, e la somma rappresentata dai dissidenti non oltrepassasse il terzo degli stessi crediti. Sistema questo però che non rendeva ancora il vero concetto della votazione separata degli obbligazionisti, nella quale non deve farsi altro che preparare il voto collettivo degli obbligazionisti per la votazione del concordato.

Il calcolo della maggioranza nella votazione degli obbligazionisti si fa valutando le obbligazioni al prezzo di emissione; salvo quelle che si debbono rimborsare a una somma superiore al prezzo di emissione, le quali si debbono calcolare al *valore attuale*. Il *valore attuale* di ciascuna obbligazione si ottiene dividendo il capitale complessivo delle obbligazioni, ridotto al valore attuale sulla base dell'interesse composto del 5 %, per il numero delle obbligazioni non estinte. In nessun caso si può attribuire alle obbligazioni un valore inferiore al prezzo di emissione (art. 31). L'organizzazione collettiva è fatta embrionalmente: ed è limitata al diritto riconosciuto ai dissidenti ed aderenti di nominare, seduta stante, a maggioranza per somma di ciascun gruppo, chi rappresenti il gruppo rispettivo nel giudizio di omologazione (art. 30).

Il voto sulle proposte di concordato può essere dato dagli obbligazionisti tanto di presenza nell'assemblea, quanto per iscritto posteriormente. Questo almeno sembra si debba desumere dall'ultimo capoverso dell'art. 29 del disegno di legge, assai mal redatto e tutt'altro che chiaro. Questa disposizione, che non era nel Progetto della Commissione ministeriale, dice: " Sono valide le adesioni alle proposte del concordato anche nei venti giorni successivi *alla sua approvazione* e entro sessanta nel caso contemplato dal capoverso dell'articolo 26 „. Probabilmente doveva dire, come

è detto invece correttamente nell'art. 16: " nei venti giorni successivi alla chiusura del processo verbale dell'adunanza „, perchè, approvato il concordato, cioè ottenuto l'assenso della maggioranza prescritta, divengono inutili le altre adesioni.

Avuto riguardo alle speciali condizioni a cui si emettono le obbligazioni, si dà facoltà di concordare per esse patti speciali, purchè l'uguaglianza sia mantenuta fra tutte le obbligazioni emesse (art. 27).

310. E) **Omologazione del concordato.** — Prima di sottoscrivere il processo verbale dell'adunanza, il giudice delegato con provvedimento, da inserirsi nel verbale stesso, rimette le parti ad udienza fissa davanti il tribunale per la omologazione del concordato nel termine non maggiore di trenta giorni, e non minore di venti, entro i quali i creditori hanno ancora diritto di inviare le loro adesioni (art. 17 e 16). Tre giorni prima dell'udienza, il commissario deve depositare in cancelleria il suo parere motivato sul merito del concordato. Nell'udienza, il giudice delegato fa la relazione della causa: il tribunale può sentire in Camera di Consiglio il commissario giudiziale. Debitore e creditori hanno diritto d'intervenire (art. 18). I poteri del giudice nella omologazione sono limitati all'esame dei tre seguenti punti: *a*) se il debitore è meritevole del benefizio del concordato; *b*) se, malgrado le contestazioni, sussistono le maggioranze richieste; *c*) se le proposte di concordato *sono legittime* e presentano sicurezza di esecuzione. — Non possiamo punto approvare la indeterminatezza e la imprecisione di quest'ultima disposizione. Che cosa significa che le proposte di concordato debbano essere *legittime*? Dove sono nella legge stabilite norme sulle proposte di concordato? L'art. 3 vuole, è vero, che il debitore, per ottenere l'apertura del procedimento, dia garanzie di poter pagare almeno il 35 % dei crediti, ma in nessun luogo è detto quali patti debbano contenere le proposte per ottenere l'omologazione. Sarebbe stato necessario che il disegno di legge lo avesse specificato: avrebbe così potuto stabilire un dividendo minimo: avrebbe potuto prescrivere la parità di trattamento fra i creditori, avrebbe potuto esigere la costituzione di garanzie per la esecuzione dell'accordo. Malgrado la poca determinatezza dell'art. 30, noi crediamo tuttavia che oltre al giudizio sulla condotta e l'onestà del fallito, e sulla sussistenza delle maggioranze,

i poteri del tribunale comprendono, nella intenzione degli autori del Progetto, la verificazione delle seguenti circostanze: 1° se il concordato assicura ai creditori un dividendo adeguato alle condizioni dell'attivo e, in ogni caso, non inferiore al 35 %. Non si può ammettere, ci sembra, che possa chiudersi con un concordato a dividendo inferiore al 35 % una procedura che non può aprirsi, a termini di legge, ove non venga assicurato almeno il 35 %; 2° se è conservata la parità di trattamento fra i vari creditori: ciò può desumersi dall'art. 27 che permettendo la pattuizione di condizioni diverse cogli obbligazionisti, prescrive implicitamente la parità di trattamento per gli altri creditori; 3° se sono state costituite garanzie sufficienti per l'esatta esecuzione del concordato: ciò si desume anche dal capoverso primo dell'art. 20, che impone al tribunale di ordinare, nella stessa sentenza di omologazione, il deposito giudiziale del dividendo che potrà spettare ai creditori contestati, salvo che il *creditore* (così dice il testo del disegno di legge, ma evidentemente doveva dir *debitore*) offra garanzie sufficienti per l'eventuale pagamento di tali crediti alle rispettive scadenze. — Se il concordato non è omologato, il tribunale, ove risulti che il ricorrente è in istato di cessazione dei pagamenti per obbligazioni commerciali, dichiara senz'altro il fallimento (art. 20_3). E lo stesso deve dirsi nel caso in cui il concordato fu respinto o non ottenne le maggioranze prescritte.

Le sentenze che omologano il concordato e quelle che dichiarano il fallimento debbono essere pubblicate nei modi stabiliti dall'art. 912 Cod. comm.: soltanto quelle che dichiarano il fallimento sono provvisoriamente esecutive. Tali sentenze, come tutte le altre pronunziate nel corso della procedura di concordato preventivo, sono appellabili dal debitore e da qualunque dei creditori, anche non intervenuti nel procedimento, entro quindici giorni dalla inserzione dell'estratto nel giornale degli annunzi giudiziari del luogo (art. 22 e 23).

311. F) **Effetti del concordato.** — Divenuta definitiva la sentenza di omologazione, il concordato produce tutti i suoi effetti, la procedura si chiude, gli organi di essi, giudice delegato, commissione dei creditori e commissario giudiziale, cessano dalle loro funzioni: il debitore rientra nella libera disponibilità dei suoi beni, come rientrano nel libero esercizio dei loro diritti i creditori, non più riuniti in collettività (arg. art. 24). Colla omologazione, tutti

i creditori sono legati al concordato; e i rapporti obbligatorî fra essi e il debitore restano modificati a tenore dell'accordo. Gli effetti del concordato non si estendono però ai coobbligati e fideiussori, contro i quali i creditori conservano integri tutti i loro diritti: fanno eccezione i soci di una società concordataria: per conservare i loro diritti contro di essi come garanti illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali, i creditori della società debbono farne espressa riserva nel concordato; e ad ogni modo non possono esercitare i loro diritti contro di essi, se non dopo l'omologazione del concordato (art. 25).

Il disegno di legge ha voluto altresì garantire l'*esecuzione* del concordato: ed a questo scopo ha vietato al debitore, prima del completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato, di alienare o ipotecare i suoi beni immobili, costituire pegni " e in genere, distrarre le attività della sua azienda in modo diverso da quello richiesto dalla natura dello esercizio industriale o commerciale ". Ogni atto compiuto in opposizione a questo divieto è inefficace di fronte ai creditori anteriori alla omologazione del concordato (art. 21). È ammesso però che o nel concordato o con posteriore deliberazione presa colla stessa maggioranza del concordato ed omologata dal tribunale, possano le parti derogare a questa disposizione. — Noi dubitiamo molto che lo scopo voluto dalla legge possa essere efficacemente raggiunto con quel divieto: siamo anzi sicuri che tali e tanti saranno gli inconvenienti di esso, che diventerà presto di stile in ogni concordato la clausola derogatoria, e le disposizioni dell'art. 21 resteranno, in pratica, lettera morta. Non si deve dimenticare che il fondamento economico e lo scopo pratico del concordato è principalmente la *ripresa degli affari*, la continuazione del commercio o dell'industria, da parte dell'impresa pericolante o fallita, la quale, sgravata di parte del passivo, si conta possa dare sufficiente margine di profitti per il pagamento delle quote concordatarie. Ecco dunque che i principali interessati al buon andamento dell'azienda sono appunto i creditori concordatari, ai quali recano più danno che vantaggio tutte le norme, il risultato pratico delle quali è di inceppare l'azione del debitore, e di rendere difficile l'esercizio del commercio o dell'industria. Ora è certo che tutti quei divieti e quelle sanzioni faranno molto guardinghi gli uomini d'affari, che difficilmente entreranno in relazioni con un commerciante il quale non può, sotto pena di nullità, sia

pure relativa, distrarre le sue attività in modo diverso da quello richiesto dalla natura dello esercizio industriale o commerciale. Come potrà stabilirsi se una alienazione di attività è richiesta o no dalla natura del commercio? Non potrà attaccarsi ogni operazione di credito col pretesto che nasconde una tale alienazione? Non è necessario essere profeti per prevedere che in tutti i concordati la deroga sarà stipulata, giacchè non è possibile esercizio commerciale o industriale, sotto l'incubo di quei divieti e la minaccia di quelle sanzioni.

Circa la risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo, il disegno di legge richiama integralmente gli art. 842, 843 e 845 del Codice commerciale (art. 32).

312. Il concordato nei piccoli fallimenti. — Una delle più gravi innovazioni del disegno di legge è la esenzione dalla formale procedura di fallimento, di tutti i commercianti insolventi, il cui passivo non supera le lire diecimila (art. 33 e segg.). Secondo il disegno di legge, quando il complesso dei debiti commerciali e civili del debitore non supera le lire diecimila, questi non viene sottoposto alla procedura di fallimento: ma, o su domanda propria, o in seguito alla domanda di fallimento fatta dai creditori, viene invece, nel primo caso a cura del Presidente, nel secondo a cura del tribunale, aperta una procedura di esecuzione collettiva semplice e priva di formalità, che si svolge davanti al Pretore (art. 33, 34 e 39). Questa procedura, sull'esempio della procedura inglese, incomincia là dove finisce la procedura di fallimento; vale a dire con una convocazione dei creditori per la proposta di un concordato. Questa procedura, è perciò, a grandi tratti, modellata su quella del concordato preventivo: la condizione giuridica del debitore e dei creditori durante il procedimento è la stessa che nel procedimento di concordato preventivo: anche qui abbiamo sospensione delle azioni individuali, del corso degli interessi e della prescrizione: anche qui abbiamo un commissario giudiziale che invigila l'opera del debitore: anche qui il debitore non è spossessato ma resta solo limitata la sua libertà d'azione rispetto a taluni più gravi atti di alienazione (art. 33). Soltanto, le funzioni del tribunale e del giudice delegato sono esercitate invece dal Pretore. È il Pretore che entro trenta giorni dalla data del decreto del Presidente o del tribunale, convoca i creditori e ne presiede l'adunanza; è il Pretore

che giudica sulle contestazioni sôrte nell'adunanza relativamente alla sussistenza ed ammontare dei crediti. La votazione sulle proposte del debitore si fa secondo le norme del concordato preventivo e colla stessa maggioranza: non c'è bisogno di omologazione: il verbale dell'adunanza produce gli stessi effetti della sentenza di omologazione (art. 34 e 37). Se il concordato è respinto, non si dichiara affatto il fallimento, ma si liquida semplicemente e si distribuisce l'attivo colle modalità stabilite dalla maggioranza dei creditori (art. 37).

Esorbiterebbe dal nostro tema il fare criticamente un esame completo del concetto e della regolamentazione di questa nuova procedura che si vuol sostituire alla procedura di fallimento (18). Le nostre osservazioni si limiteranno adunque a ciò che concerne il tema che ci interessa: il concetto e la regolamentazione del concordato in codesta nuova procedura.

È inutile dire che qui non si tratta di *concordato preventivo*: non può parlarsi di concordato *preventivo* dove non c'è procedura *preventiva*, ma una procedura di liquidazione che *sostituisce* la procedura di fallimento. È dunque proprio dell'unica forma di *concordato giudiziale obbligatorio* consentito ai commercianti con passivo inferiore a lire diecimila che noi ci occupiamo.

Il concetto del disegno di legge, è, come abbiamo osservato, quello del *Bankruptcy Act* inglese: la procedura è aperta a tutti i debitori, onesti e disonesti, degni ed indegni, alla sola condizione che il loro passivo non superi le lire diecimila. A tutti i piccoli commercianti e (data la cifra di diecimila lire a cui può ammontare il passivo) a tutti i medî commercianti sol perchè tali, è risparmiata senz'altro l'onta del fallimento: essi hanno il privilegio di poter senz'altro ottenere quella convocazione dei creditori che i loro confratelli più sfortunati o meno accorti, la cui azienda è gravata da un passivo più cospicuo, non possono ottenere se non si trovano in certe determinate condizioni e non garantiscono almeno il pagamento del 35 % dei crediti: essi hanno il privilegio di sottrarsi al fallimento, anche quando il concordato non riesce, mentre un simile scacco sottopone gli altri commercianti, anche onesti e sventu-

---

(18) Ne hanno di recente, e con acutezza di osservazioni, discorso il **Bonelli**, nella *Giustizia*, 1901, num. 34, e il **Bolaffio**, nella *Temi veneta*, 1901, num. 39.

rati, alle ben più rigorose sanzioni della procedura fallimentare. Si è voluto dunque semplificare le forme, ridurre le spese, agevolare la liquidazione delle piccole aziende e si è invece, ci pare, commessa una grande ingiustizia. Si è dimenticato che *la procedura di fallimento non è soltanto una procedura di esecuzione collettiva*, alla quale si può con vantaggio sostituire un'altra procedura collettiva, più rapida e meno dispendiosa: ma è anche, nel nostro diritto e nei nostri costumi, una procedura rigorosa, producente effetti notevoli d'indole personale: decadenze civili e politiche e, sopratutto, una *diminutio capitis* morale che addita il fallito alla diffidenza ed al disprezzo dell'opinione pubblica. Ora non già soltanto nell'organizzazione di una procedura collettiva, ma più ancora negli altri effetti del fallimento: nello spossessamento, che toglie al commerciante la sua azienda ed il suo patrimonio e lo mette in mano a un curatore: nella perdita dei diritti politici, nelle decadenze civili, nella nota d'infamia che lo colpisce, sta tutta la virtù intimidatrice del fallimento: togliete dagli occhi del commerciante la visione di tutte queste sanzioni paurose, riducete il fallimento ad una blanda procedura collettiva, che non gli toglie l'amministrazione dei suoi beni, che non importa nessuna decadenza, che non gli dà neppure il nome infamante di fallito, e l'insolvenza non gli apparirà più come un disastro, ma come un bene, come una liberazione, e forse come una speculazione. E questo grande vantaggio di una procedura incolora e benigna lo si concede non già ai più degni, ai più onesti, ai più sventurati, ma ai piccoli debitori: strano titolo di preferenza che legittima l'imprevidenza e la mala fede solo perchè esercitate su piccola, invece che su vasta scala. Ma, se il progetto divenisse legge, a caro prezzo il nostro piccolo e medio commercio acquisterebbe il vantaggio di una procedura collettiva più blanda e priva delle sanzioni personali del fallimento: lo acquisterebbe a costo della perdita del credito, che si ritrarrebbe da una classe di commercianti, la cui insolvenza non è accompagnata da nessuna di quelle sanzioni che la rendono temibile e che sono le garanzie più efficaci di una corretta condotta commerciale. In definitiva non è certo un aiuto che il disegno di legge fornisce alle piccole aziende, stremate dalla concorrenza, e più delle altre, bisognose di credito.

Questi gravi inconvenienti erano in parte evitati dal Progetto della Commissione ministeriale, dove era stabilito che in caso di reiezione delle proposte di concordato, il debitore dovesse *considerare*

rarsi fallito (art. 42). Ma restava in ogni modo l'inconveniente e l'ingiustizia di concedere il benefizio di una procedura incolora e più blanda ad ogni commerciante il cui passivo non oltrepassasse una cifra determinata (5000 lire), salvo a mutar qualificazione alla procedura *solo in caso di reiezione del concordato:* mentre ai commercianti con passivo superiore un tal beneficio non poteva, anche secondo il Progetto, essere consentito, se non fossero *sventurati e di buona fede*, e quindi la procedura preventiva doveva mutarsi in fallimento ogni qual volta il concordato fosse stato bensì *accettato dai creditori*, ma non omologato dal tribunale per *indegnità* del debitore (art. 23 e 28).

La conseguenza più grave che la eliminazione completa dei rigorosi effetti personali proprî del fallimento, come trovasi sancita nel disegno di legge approvato dal Senato, produce rispetto al nostro istituto, è quella di farne venir meno la ragion d'essere principale e la utilità. Il concordato rappresenta, di fronte alla liquidazione giudiziale dell'attivo ed alla sua distribuzione, un vantaggio sensibile pei creditori, perchè ed in quanto il debitore, volendo evitare le rigorose sanzioni del fallimento, è interessato a riunire tutte le sue riserve, a fare appello alla generosità degli amici e dei parenti, per offrire ai creditori le migliori condizioni possibili, che assicurino la accettazione del concordato e la sua omologazione da parte dell'Autorità giudiziaria. Tolto invece davanti al debitore lo spettro del fallimento, eliminate tutte le gravi conseguenze d'indole personale che egli più teme, ridotta la procedura collettiva ad una blanda vigilanza che non lo priva neppure dell'amministrazione dei suoi beni, vien meno totalmente in lui l'interesse ad offrire ai creditori le migliori condizioni possibili e nei creditori l'interesse a concludere il concordato. Si corre rischio che al nostro istituto (che sarebbe quindi meglio sopprimere senz'altro) non rimanga altra ragion d'essere se non quella di render possibili le frodi più fruttuose, e di servire mirabilmente a fare dell'insolvenza un'eccellente speculazione, colla quale il debitore, mediante un abile giuoco di maggioranze fittizie, può liberarsi della quasi totalità del passivo, con poco sforzo e quasi senza pericolo. E, occorre dirlo, il disegno di legge, che stiamo qui esaminando, offre incentivi e facilitazioni non poche a queste fraudolenti manovre. Bisogna ricordare che tutte le garanzie di un esatto accertamento del passivo si riducono, nel Progetto, all'obbligo fatto al commissario giudiziale

di riferire sulle condizioni economiche del debitore: còmpito malagevole nella mancanza dei libri e delle carte che si verifica normalmente nei fallimenti dei piccoli commercianti (19); ed al diritto conceduto agli interessati di far contestazioni sui crediti nell'adunanza del concordato: contestazioni punto facili e di scarsa efficacia perchè è difficile ai creditori colti alla sprovvista di scoprire le frodi che possono annidarsi sotto i titoli apparentemente veri e genuini fatti valere da qualche creditore. Ecco dunque, che in questa assenza di ogni procedura di verificazione, la via tortuosa ma fruttuosa dei crediti simulati è aperta al debitore, a cui occorre una buona dose di onestà per non approfittare degli incentivi che la insufficienza della legge porge alla mala fede. Bisogna ricordare altresì, che il controllo giudiziario dell'omologazione è soppresso nei concordati dei piccoli commercianti: in cui tutta l'ingerenza giudiziale si limita alla presenza del pretore nell'adunanza dove l'accordo si propone e si accetta; senza però che sia neppure stabilito con precisione quali siano i poteri e quale il còmpito del magistrato, la cui azione a tutela della lealtà e della verità corre rischio di essere continuamente intralciata dall'improvvido silenzio della legge. E così, abolita la verificazione dei crediti, abolita la omologazione, non si sa davvero quali garanzie restino che la maggioranza sia davvero maggioranza e che i creditori, i quali la compongono, abbiano veramente diritto di obbligare col loro voto i creditori dissenzienti ed assenti.

(19) E che si verificherà ancor più dopo l'abolizione contenuta a loro favore nel disegno di legge delle sanzioni penali che garantiscono la tenuta dei libri (art. 36).

INDICE ANALITICO-ALFABETICO

INDICE DEI TESTI DI LEGGE COMMENTATI

Codice di commercio.

Disposizioni preliminari al Codice civile.

Codice civile.

Codice di procedura civile.

Legge elettorale politica, 24 settembre 1882

(Testo unico, 28 marzo 1895).

Legge comunale e provinciale, 10 febbraio 1889

(Testo unico, 5 maggio 1898).

Legge sulle Camere di Commercio, 16 luglio 1882.

Legge sui probi-viri, 15 giugno 1893.

Regolamento esecutivo del Codice di commercio

(approvato con R. D. 27 dicembre 1882).